



UNIVERSITÀ DI PISA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

**LA VIOLENZA SESSUALE IN ITALIA
TRA DIRITTO E CULTURA**

Candidato:

Milo Manera
Matr. 484360

Relatore:

Ch.ma Prof. Emma Venafrò

Correlatore:

Ch.mo Prof. Alberto Gargani

ANNO ACCADEMICO 2013-2014

*A mia nonna Eugenia,
che mi ha seguito sillaba per sillaba,
fin dai quaderni dell'infanzia,
con la matita dell'affetto.*

Indice

1. INDAGINE STATISTICA E STORICA	p. 7
2. ZANARDELLI, ROCCO E LA RIFORMA DEL 1996	p. 21
3. LA NOZIONE DI “ATTI SESSUALI”	p. 32
4. SOGGETTI ATTIVI E PASSIVI	p. 63
5. LA VIOLENZA SESSUALE PER COSTRIZIONE	p. 74
5.1 LA COSTRIZIONE MEDIANTE VIOLENZA	
5.2 LA COSTRIZIONE MEDIANTE MINACCIA	
5.3 LA COSTRIZIONE MEDIANTE ABUSO D’AUTORITÀ	
6. LA VIOLENZA SESSUALE PER INDUZIONE	p. 104
6.1 L’INDUZIONE MEDIANTE ABUSO DELLE CONDIZIONI DI INFERIORITÀ FISICA O PSICHICA	
6.2 L’INDUZIONE MEDIANTE SOSTITUZIONE INGANNEVOLE DI PERSONA	
7. LA CIRCOSTANZA ATTENUANTE DELLA MINOR GRAVITÀ	p. 117
BIBLIOGRAFIA	p. 125

PREMESSA

Nella Bibbia¹ si legge:

(23) Se una fanciulla vergine è fidanzata, e un uomo trovandola nella città, si sarà giaciuto con lei, (24) siano condotti ambedue fuori della porta della città e siano lapidati, finché muoiano: la fanciulla perché, pur trovandosi in città, non ha gridato, e l'uomo, perché ha violato la donna del suo prossimo. Togli così il male di mezzo a te. (25) Invece se un uomo trova una giovane fidanzata per i campi, e facendole violenza, si giace con lei, muoia soltanto l'uomo che è giaciuto con quella; (26) ma non far nulla alla giovane, essa non ha commesso colpa degna di morte; è come il caso di uno che assale il suo prossimo e lo uccide. (27) Infatti, egli ha trovato quella giovane fidanzata per i campi, ella può aver gridato, ma nessuno è venuto in suo aiuto. (28) Se uno trova una fanciulla vergine, non fidanzata, l'afferra e si giace con lei, e verranno scoperti, (29) l'uomo che si sarà giaciuto con la fanciulla deve pagare al padre di lei cinquanta sicli d'argento ed ella sia sua moglie, perché egli l'ha disonorata, né la potrà mai rimandar via per tutta la sua vita².

¹ *Bibbia, Deuteronomio, 22, 23-29.*

² Il versetto (29) è una delle prime attestazioni del costume del “matrimonio riparatore”, concepito come una forma di risarcimento e di tutela per la donna che, avendo perduto l'onore, nessun altro uomo avrebbe più preso in moglie. Il costume del matrimonio riparatore sopravvisse nella cultura occidentale fino a tempi molto recenti: in Italia fino al 1981 (art. 544 c.p.).

Con questo lavoro intendo prendere in esame i reati contro la libertà sessuale e in particolare analizzare la fattispecie di cui all'art. 609-bis del nostro Codice Penale al fine di poter apprezzare gli importanti cambiamenti che hanno interessato le norme contro la violenza sessuale rispetto all'impianto originale del Codice Rocco e di mettere in luce le (tante) problematiche, non solo giuridiche, che ancora affliggono questo tema cruciale; problematiche che vengono da lontano (abbiamo visto, già nelle Sacre Scritture) e che ancora una volta evidenziano le difficoltà del nostro legislatore nell'adeguare l'ordinamento, in maniera pronta ed efficiente, ai cambiamenti culturali e sociali che interessano il Paese.

Dopo aver ripercorso brevemente le tappe storiche della odierna “violenza sessuale”, per poi arrivare ai codici Zanardelli e Rocco, ho voluto approfondire l'impatto che, in materia, ha avuto la riforma attuata con legge n. 66/1996, recante “Norme contro la violenza sessuale”. In particolare, l'attenzione è stata concentrata sulla nuova nozione di “atti sessuali”, stella polare e perno centrale di tutta la disciplina. Scendendo nel dato legislativo, ho analizzato le varie forme di violenza sessuale contemplate dalla nuova fattispecie incriminatrice: la violenza per costrizione (compiuta attraverso l'utilizzo dei mezzi coercitivi tassativamente elencati, ovvero la violenza, la minaccia e l'abuso di autorità) e quella per induzione (mediante abuso delle

condizioni di inferiorità fisica e/o psichica e per sostituzione ingannevole di persona). Mi sono infine soffermato sulla circostanza attenuante della minore gravità prevista dall'ultimo comma dell'art. 609-bis.

Sarei lieto se, in controluce, da questo mio percorso trasparisse una riflessione sulle lentezze e le carenze nell'evoluzione, in Italia, sia del diritto sia della sensibilità sociale di fronte a questo tipo di reati.

1. INDAGINE STATISTICA E STORICA

Il fenomeno della violenza contro le donne ha nel nostro Paese una diffusione e un radicamento profondi³. Dall'analisi dei dati statistici emerge che la realtà dello stupro è ancora saldamente radicata nel nostro tessuto sociale. Secondo i dati ufficiali provenienti dall'Istituto Nazionale di Statistiche (ISTAT)⁴ sono 6.473.000, quindi quasi un terzo (31,9%) della popolazione femminile, le donne italiane comprese fra i 16 e i 70 anni d'età che hanno subito nel corso della vita, dentro o fuori la famiglia, una forma di violenza, sia essa fisica o sessuale (l'indagine infatti riguarda diverse forme di violenza, compresa la violenza psicologica e i comportamenti persecutori, il c.d. *stalking*). Focalizzando l'attenzione sull'oggetto della nostra indagine, la violenza sessuale, emerge dai dati quantitativi che circa 5 milioni di donne (il 23,7%) hanno subito nel corso della vita una qualche violenza sessuale nelle sue diverse forme. Se fra le violenze sessuali si considerano solo lo stupro e il tentato stupro, la percentuale di vittime è pari al 4,8% (oltre un milione di donne).

³ Cfr. sul tema GOISIS, Luciana, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012.

⁴ ISTAT, *Violenza contro le donne*, 2008, n. 7, e ISTAT, *La violenza e i maltrattamenti contro le donne dentro e fuori la famiglia*, diffuso il 21 febbraio 2007, entrambi i documenti sono reperibile nel sito <www.istat.it>.

Ciò che più colpisce dall'analisi dei dati statistici, in effetti, è che solo una percentuale irrisoria delle donne colpite da violenza fisica o sessuale sporge denuncia (7,3%); questo sembra dipendere dal fatto che solo una donna su tre lo considera reato, sia nel Sud che nel Nord del Paese. Se si considera il solo stupro o tentativo di stupro la percentuale delle donne che si considera vittima e riconosce il reato aumenta (26,5%), ma le denunce restano ferme al 4% dei casi.

Un quadro, nel complesso, desolante, che testimonia come tale fenomeno sia ancora assolutamente emergenziale, nonostante gli importanti cambiamenti avvenuti sia nella cultura giuridica (a seguito dell'emanazione della legge n. 66/1996) che in quella sociale (anche grazie all'attenzione sempre crescente dei media rispetto al tema della violenza sulle donne).

Come si fa spesso giustamente osservare, “il comportamento sessuale umano, diversamente da quello di altre specie animali, è un comportamento relativamente variabile nel tempo e nello spazio perché dipende, oltre che dall'impulso, anche dalla coscienza e dalla volontà del soggetto orientate da parametri culturali e quindi storici, sociali, religiosi e geografici”⁵.

“Il comportamento sessuale è dunque al tempo stesso istintivo e sociale”⁶.

⁵ GOISIS, Luciana, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, cit., pag. 4.

⁶ VALCARENGHI, Marina, *“Ho paura di me”. Il comportamento sessuale violento*, Milano, Bruno Mondadori, 2007, p. 119 s.

Ritengo quindi opportuno, in via preliminare, prima di scendere nel dettaglio del dato giuridico-legislativo, condurre una breve indagine storica sul delitto di violenza sessuale. Credo sia infatti necessario e oltremodo utile analizzare il percorso storico e sociale del *crimen* in esame, per poter poi apprezzare da un lato, e criticare dall'altro, le riforme che sul tema hanno interessato il nostro Paese negli ultimi anni.

Se dalla breve indagine statistica abbiamo visto emergere un quadro piuttosto desolante, va però sottolineato subito che rispetto al passato le cose vanno oggi molto meglio⁷: le denunce sono aumentate e “passato da un relativo silenzio a una chiassosa visibilità, il reato è quanto mai presente nelle inchieste di polizia, nei resoconti giudiziari, negli articoli di giornale, nell'effettività dell'opinione pubblica”⁸. Il violentatore ha preso un posto, nella coscienza comune, simile a quello dall'assassino.

“È l'evoluzione culturale che spiega la diversa sensibilità verso la violenza sessuale e i diversi contenuti giuridici che il reato ha assunto nel tempo”⁹. Soprattutto, la storia della violenza sessuale va di pari passo con l'immagine della donna: “in essa i cambiamenti sono paralleli a quelli dei sistemi di

⁷ L'indagine Istat si pronuncia comunque nel senso di una diminuzione negli ultimi dieci anni delle vittime di molestie fisiche.

⁸ VIGARELLO, Georges, *Storia della violenza sessuale*, Venezia, 2001, p. 9.

⁹ GOISIS, Luciana, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, cit., pag. 4.

oppressione esercitati sulla donna, alla loro permanenza, al loro affinamento, ai loro spostamenti”¹⁰.

Ecco perché i dati statistici odierni sopra riportati potrebbero essere letti in una chiave culturale: il riconoscimento di una maggiore uguaglianza fra uomo e donna e il (quantomeno parziale) superamento della concezione patriarcale della società, seguito a quella che è stata correttamente definita una vera e propria rivoluzione femminista, potrebbero aver reso meno tollerabili violenze prima accettate e lasciate impunte e aver contribuito ad un aumento delle denunce.

L'indagine storica, volta a ricostruire tale evoluzione, dunque si impone. Senza guardare alla storia più antica, e limitandoci a quella europea, l'*ancien régime* rappresenta l'esempio di un'epoca di tolleranza del fenomeno dello stupro. Benché severamente punito dai testi giuridici del tempo, il reato di violenza sessuale viene poco perseguito dai tribunali e soprattutto i giudici mostrano un atteggiamento di indulgenza e di comprensione rispetto agli episodi di stupro. Ogni forma di violenza, sia essa fisica o sessuale, viene trattata con incuria e quasi con indifferenza: la sensibilità verso la brutalità è attenuata (soprattutto quando la vittima è una donna adulta e di estrazione sociale non elevata). La tesi della provocazione femminile avanzata dal reo veniva troppo spesso creduta e la donna veniva essa stessa implicitamente

¹⁰ VIGARELLO, Georges, *op.cit.*, p. 11.

condannata per la violenza cui aveva partecipato, coinvolta così nell'indegnità. La vittima, dunque, temeva di parlare e le denunce erano rarissime; ancor più rare le condanne. La vittima soprattutto era subito sospettata, presumendosi in lei una porzione di responsabilità: il che rappresentava un modo per negare alla donna il ruolo e lo statuto di soggetto. A nulla rilevava la situazione psicologica della vittima che si presumeva dovesse e potesse opporre resistenza.

“Nel diritto classico dell’ancien régime lo stupro, non diversamente da quanto è accaduto in molte legislazioni occidentali odierne tra cui la nostra fino a tempi assai recenti, costituiva un crimine contro la moralità, associato ai crimini contro i costumi, alla fornicazione, all’adulterio, alla sodomia, alla bestialità. Non apparteneva dunque alla categoria dei crimini violenti. Esso veniva associato al ratto: lo stupro rilevava solo in quanto furto della proprietà altrui, con una evidente negazione di qualsiasi diritto in capo alla vittima femminile”¹¹.

È solo negli ultimi decenni del XVIII secolo che si manifesta un primo mutamento nel quadro giuridico: in opposizione ai processi troppo sbrigativi dell’ancien régime e della acquisita consapevolezza di una necessità di tutela della vittima, il Codice di procedura penale francese del 1791 sostituisce la parola “ratto” con la parola “stupro”, ad indicare che si pone in primo piano

¹¹ *Ibidem*, p. 56 ss.

la lesione della vittima piuttosto che il pregiudizio del proprietario (marito o padre che fosse)¹².

In particolare, è nella giurisprudenza del XIX secolo che si afferma una prima differenziazione delle diverse forme di violenza e assume rilievo per la prima volta anche la violenza morale. Ci si orienta maggiormente sulla vittima, sul venir meno della sua volontà, sulla sua incapacità di difesa, sull'annientamento del suo libero arbitrio. Progressivamente le figure di violenza sessuale si delineano in maniera più netta, soprattutto con il Codice napoleonico del 1810, a cui molto deve la nostra codificazione, e con lo sviluppo della medicina legale nella seconda metà del XIX secolo: si distingue fra stupro, oltraggio, attentato, con spostamenti delle soglie di punibilità a seconda dell'età delle vittime. Il mutamento della cultura si esplica nell'attribuzione di rilevanza penale, nel XIX secolo, a fatti fino allora non giudicati iscrivibili nel reato di violenza sessuale.

Manca ancora una piena attenzione alla coscienza della vittima, alla sua volontà e alla coercizione del volere. Fanno eccezione tuttavia i processi per violenza sessuale su minore: essi infatti aumentano numericamente e soprattutto lo stupro non viene, in tali circostanze, in alcun modo tollerato. Tutto ciò grazie ad un clima culturale di sempre maggiore attenzione verso l'infanzia e la sua tutela.

¹² *Ibidem*, p. 100 ss.

Anche se il XIX secolo è segnato, nella gerarchia dei crimini, da una maggiore gravità di forme di violenza diverse dalla violenza sessuale, compare tuttavia la figura dello stupratore: in particolare la letteratura medica e psichiatrica comincia a divulgare per la prima volta l'idea che le persone impegnate in pratiche sessuali abusive siano una distinta categoria di esseri umani.

Evidentemente diverso è il panorama del XX secolo: la nuova uguaglianza uomo-donna trasforma l'atteggiamento delle vittime, garantendo maggiore legittimità alle denunce e accuratezza nei processi. L'esito del crimine non è più l'immoralità, bensì la lesione dell'integrità della vittima (come vedremo il bene giuridico tutelato dall'incriminazione non è più tanto la moralità, bensì la libertà sessuale); ci si concentra sugli effetti psicologici nefasti che la violenza può comportare per la donna, pregiudizi a lungo e breve termine; la violenza sessuale si afferma come violenza prima e più grave: la ricerca empirica criminologica lo conferma.

Ma un dato rimane costante nella storia recente come in quella meno recente: la maggioranza degli atti di violenza sessuale non viene né denunciata né registrata. I motivi sono in parte diversi e in parte simili a quelli che inducevano le fanciulle a serbare il silenzio nel passato: uno su tutti, il disonore della vittimizzazione che ancora rimane molto forte. L'imbarazzo del processo e della pubblicità che ne consegue inducono spesso le vittime a non

denunciare oppure ad acconsentire alla derubricazione della violenza sessuale in figure meno gravi di reato.

Processo per stupro è un film del 1979¹³ diretto da Loredana Rotondo. Fu il primo documentario su un processo per stupro mandato in onda dalla RAI. Ebbe una vastissima eco nell'opinione pubblica relativamente al dibattito sulla legge contro la violenza sessuale.

L'attenzione che fu dedicata allora al documentario dal pubblico e dai mezzi di informazione fu il segnale che la cultura del silenzio e della vergogna intorno al tema della violenza sulle donne poteva finalmente essere scalfito, nonostante le forti resistenze delle istituzioni patriarcali. La trasmissione fa scalpore perché capovolge un'ottica secolare, ne mostra le magagne, mette in piazza gli stracci di una cultura che ha sempre circondato questi temi di omertà e di silenzio. L'atteggiamento mentale che emergeva in aula era che una donna "di buoni costumi" non poteva essere violentata; che se c'era stata una violenza, questa doveva evidentemente essere stata provocata da un atteggiamento sconveniente da parte della donna; che se non c'era una dimostrazione di avvenuta violenza fisica o di ribellione, la vittima doveva

¹³ Il documentario *Processo per stupro* fu mandato in onda per la prima volta alle 22:00 il 26 aprile 1979 e fu seguito da circa tre milioni di telespettatori; a seguito di richieste di replica, fu ritrasmesso in prima serata nell'ottobre dello stesso anno e fu seguito da nove milioni di telespettatori. Fu quindi insignito del Prix Italia e presentato a svariati festival del cinema, fra cui il Festival di Berlino e la settimana del cinema europeo a Nuova Delhi. Ottiene anche una nomination nella terna finale dell'International Emmy Award. Se ne conserva oggi una copia negli archivi del MOMA di New York.

essere consenziente. Nel dibattito, il “disonore” si sposta gradualmente dal presunto aggressore alla presunta vittima.

D'altronde, il termine latino *stuprum*, con cui si definisce la violenza carnale, filologicamente giunge a ricomprendere anche i significati di “onta, disonore, vergogna”. Disonore per chi? Per la donna stuprata, non per lo stupratore. In questo spostamento del disonore da chi compie l'atto a chi lo subisce, sta l'operazione attuata dalla nostra cultura che vede la donna colpevole delle violenze subite.

La parte lesa nel processo filmato era una giovane di 18 anni, Fiorella (il cognome non è reso noto), che denunciò per violenza carnale di gruppo quattro uomini sulla quarantina fra cui Rocco Vallone, un conoscente. Fiorella, lavoratrice in nero, dichiarò di essere stata invitata dal Vallone in una villa di Nettuno per discutere una proposta di lavoro stabile come segretaria presso una ditta di nuova costituzione e di essere stata sequestrata e violentata per un pomeriggio da Rocco Vallone stesso e da altri tre uomini. Gli imputati ammettono spontaneamente i fatti al momento dell'arresto; interrogati successivamente, negano tutto; in istruttoria, dichiarano che il rapporto era avvenuto dopo aver concordato con la ragazza un compenso di 200.000 lire.

Credo sia utile, al fine di meglio “calarsi” nella mentalità dell'epoca, riportare alcuni stralci delle arringhe degli avvocati che presero parte al processo. Il risultato è allo stesso tempo avvincente e agghiacciante.

Iniziamo dall'avvocato di parte civile, Tina Lagostena Bassi (già nota per aver preso parte, l'anno precedente, al processo sul *Massacro del Circeo*):

“Non vi chiediamo una condanna severa, pesante, esemplare. Non c’interessa la condanna. Noi vogliamo che in questa aula ci sia resa giustizia, ed è una cosa diversa. [...] Vi assicuro, questo è l’ennesimo processo che io faccio, ed è la solita difesa che io sento. Io mi auguro di avere la forza di sentirli (non sempre ce l’ho, lo confesso) e di non dovermi vergognare, come donna e come avvocato, per la toga che tutti insieme portiamo. Perché la difesa è sacra, ed inviolabile, è vero. Ma nessuno di noi avvocati —e qui parlo come avvocato— si sognerebbe d’impostare una difesa per rapina come s’imposta un processo per violenza carnale. Nessuno degli avvocati si sognerebbe, nel caso di quattro rapinatori che con la violenza entrano e rubano in una gioielleria, di dire ai rapinatori: «Vabbè, dite che però il gioielliere ha un passato poco chiaro, dite che il gioielliere ha commesso reati di ricettazione, dite che il gioielliere è un usuraio, che specula, che guadagna, che evade le tasse!». Ecco, nessuno si sognerebbe di impostare una difesa di questo genere, infangando la parte lesa soltanto. [...] Ed allora io mi chiedo, perché se invece che quattro oggetti d’oro, l’oggetto del reato è una donna in carne ed ossa, perché ci si permette di fare un processo alla ragazza? E questa è una prassi costante: il processo alla donna. La vera imputata è la donna. E scusatemi la franchezza, se si fa così, è solidarietà maschilista, perché solo se la

donna viene trasformata in un'imputata, solo così si ottiene che non si facciano denunce per violenza carnale. Io non voglio parlare di Fiorella, secondo me è umiliare venire qui a dire «non è una puttana». Una donna ha il diritto di essere quello che vuole, senza bisogno di difensori. Io non sono il difensore della donna Fiorella. Io sono l'accusatore di un certo modo di fare processi per violenza”.

Veniamo ora alle orazioni dei difensori degli imputati. Fra i dettagli che suscitavano scalpore: gli avvocati difensori chiesero alla vittima se e in che modo era stata picchiata, se c'era stata *fellatio cum eiaculatione in ore* e altri dettagli sulla violenza, e se aveva mai avuto prima rapporti carnali con il principale imputato; chiesero inoltre alla madre della vittima come mai la figlia era andata ad un appuntamento con un uomo che non le aveva presentato, e chiamarono a testimoniare amici degli imputati, che dichiararono che la ragazza, malgrado fosse fidanzata, s'intratteneva facilmente con altri uomini al bar.

“I fatti? Guardateli in concreto. Qui si tratta di una ragazza, senza offesa, perché signori miei, io non ho una cattiva opinione affatto delle prostitute, [...] qui si tratta di una ragazza che ha degli amanti a pagamento. Signori miei, una violenza carnale con *fellatio* può essere interrotta con un morsetto. L'atto è incompatibile con l'ipotesi di una violenza. Tutti e quattro avrebbero incautamente abbandonato nella bocca della loro vittima il membro, parte che

per antonomasia viene definita delicata dell'uomo. E su cui, mi si consenta, il coito orale si compie con una funzione che è tecnicamente qualificata, e che esprime una serie di atti voluti. Eh sì mi posso abbandonare, ma io lì non mi abbandono, sono io che posseggo. Lì il possesso è stato esercitato dalla ragazza sui maschi, dalla femmina sui maschi. È lei che prende, è lei che è parte attiva, sono loro passivi, inermi, abbandonati, nelle fauci avidi di costei! Ma la signorina che cosa pratica con il Vallone di cui è, era, l'amante, l'amica amorosa, fu in quell'occasione l'amante, l'amica amorosa? Si fa praticare il *cunnilictus* dal suo amico amoroso, che s'inginocchia davanti a lei, e la bacia teneramente su quella che il divino Gabriele, suo illustre corregionale Signor Presidente, chiama «la seconda e più tenera bocca», da cui sugge il piacere di lei. Quindi, che cosa è il *cunnilictus*? È più che l'amore, è l'adorazione sessuale, e tende al piacere della femmina. E chi la pratica, il violentatore? Ecco l'incompatibilità fisiologica, sessuale! È l'amante che può fare questi gesti. [...] Che cos'è la violenza carnale? È il contrario della sessualità. La violenza non è altro che la voglia insana e demoniaca di calpestare il proprio simile, e non c'è quasi mai desiderio, non c'è quasi mai piacere”¹⁴.

“Che cosa avete voluto? La parità dei diritti. Avete cominciato a scimmiettare l'uomo. Voi portavate la veste, perché avete voluto mettere i pantaloni? Avete cominciato con il dire «Abbiamo parità di diritto, perché io

¹⁴ Avv. Giorgio Zeppieri.

alle 9 di sera debbo stare a casa, mentre mio marito il mio fidanzato, mio cugino, mio fratello, mio nonno, mio bisnonno vanno in giro?» Vi siete messe voi in questa situazione. E allora ognuno purtroppo raccoglie i frutti che ha seminato. Se questa ragazza si fosse stata a casa, se l'avessero tenuta presso il caminetto, non si sarebbe verificato niente. È una realtà questa! È una realtà che non può essere obliterata! A me fa tanta pena, è una sventurata, è una vittima dei nostri tempi!»¹⁵.

“Lei non dice che le hanno fatto violenza e non può dirlo, perché non ci sono i segni”¹⁶.

Conclude così, di nuovo, la Lagostena Bassi:

“Quello che è successo qua dentro si commenta da solo, ed è il motivo per cui migliaia di donne non fanno le denunce, non si rivolgono alla giustizia. Io mi chiedo, quale sarebbe dovuta essere la reazione? Sono quattro uomini. Certo, uno può dare un morsico, può rischiare la vita, e l'avrebbe rischiata. Ed ognuna delle donne ricorda quello che è successo a chi ha cercato di ribellarsi, a chi cerca di ribellarsi alla violenza. Ed ecco che violenza vi è anche se non vi

¹⁵ Avv. Angelo Palmieri.

¹⁶ Avv. Titta Mazzucca.

sono reazioni di questo tipo, perché non si può aspettare che tutte siano delle Sante Goretti¹⁷”.

¹⁷ Maria Teresa Goretti (Corinaldo, 16 ottobre 1890 – Nettuno, 6 luglio 1902) è venerata come santa e martire dalla Chiesa cattolica. Vittima di omicidio a seguito di un tentativo di stupro da parte di un vicino di casa, fu canonizzata nel 1950 da papa Pio XII.

2. ZANARDELLI, ROCCO E LA RIFORMA DEL 1996

Il Codice Zanardelli (1889), primo codice penale unitario inseriva i reati sessuali (artt. 331-344) nel Libro II, cap. I e II del Titolo VIII, dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie: le norme riguardavano la violenza carnale, distinta dagli atti di libidine, la corruzione di minore, la relazione incestuosa, le offese al pudore e il ratto a fine di libidine o di matrimonio. Questa impostazione viene recuperata e riproposta anche nell'impianto originario del codice attualmente in vigore (Codice Rocco, 1930).

Nel libro II, Titolo IX (dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume) sono inseriti nel capo I (delitti contro la libertà sessuale) i delitti di violenza carnale, atti di libidine violenti, ratto a fine di libidine o di matrimonio e seduzione con promessa di matrimonio.

Così la *Relazione del Guardasigilli*, parte II, 303: “Nel capo I sono contemplati i delitti contro la libertà sessuale, intesa questa come libera disposizione del proprio corpo nei rapporti sessuali, entro i limiti fissati dal diritto e dal costume sociale”.

Emerge chiara la visione patriarcale: “c’era una scissione totale fra corpo e mente di donna, giacché il corpo della donna era ipotizzato come proprietà di un uomo, padre, marito, ed era concepito come oggetto di scambio tra

uomini; infatti la donna aveva statutariamente come destinazione un uomo, cioè il matrimonio; lo dimostra il fatto che la pena per il ratto a fine di libidine era aggravata in caso di donna coniugata. Inoltre il ratto a fine di libidine era punito più gravemente di quello a fine di matrimonio: la presa di possesso su una donna ha delle regole e chi le rispetta deve pur essere premiato!”¹⁸.

Come se non bastasse, rimane intatta la distinzione tra atti di libidine e violenza carnale: ancora una volta (come nell’Ancient Regime) il corpo femminile viene parcellizzato, perde unità. Ma d’altronde, come sottolinea il PADOVANI¹⁹, secondo la tradizione giuridica italiana al momento della codificazione, gli interessi connessi alla libertà sessuale erano “interessi necessariamente funzionali ad un altro sovrastante interesse” e quindi non erano “intrinsecamente meritevoli di tutela di per sé, in rapporto al valore e alla dignità del soggetto che ne è portatore” ma dovevano “essere collegati ad un contesto di valori superiori dal quale essi traevano necessariamente consistenza e validità”.

Il 22 Dicembre del 1947 viene approvata la nuova Costituzione Italiana.

Essa capovolge la prospettiva di tutto l’assetto istituzionale precedente (e non si parla solo del ventennio fascista): pone una gerarchia dei valori che

¹⁸ VIRGILIO, Maria, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale?!*, in *Democrazia e diritto*, 1996, p. 163.

¹⁹ PADOVANI, Tullio, in CADOPPI, Alberto (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., p. 418.

intende tutelare, e al vertice mette la persona umana, senza alcuna discriminazione.

Non è questa la giusta sede per analizzare la rivoluzione giuridica e culturale che ha determinato in Italia l'avvento della nuova Carta Fondamentale; basti qui rilevare che è stato proprio il Codice Rocco, entrato in vigore in pieno regime fascista, massima espressione della sua ideologia, la prima vittima della nuova concezione giuridica: sin dai primissimi mesi di vigenza della Costituzione da più parti si auspicava l'abolizione in toto del codice penale, massima espressione di quei valori ed ideologie che il nuovo testo costituzionale voleva combattere. Com'è noto, niente di tutto questo successe ed il codice dei delitti e delle pene sopravvive ancora ai giorni nostri.

Le riforme intervenute sino ad oggi, parziali, ma incisive, ne hanno mitigato le componenti più spiccatamente autoritarie. Un'opera di potatura e di innesto che ne ha garantito la sopravvivenza, ma che non ha potuto certo rendere le specificità di questo codice meno stridenti rispetto all'attuale ordinamento costituzionale e agli odierni orientamenti di politica criminale.

Per quanto riguarda nello specifico il tema oggetto di questo lavoro, con l'avvento della Costituzione, e la centralità da questa data alla tutela dell'individuo in tutte le manifestazioni della sua personalità, l'impostazione prevista dal codice penale in materia di delitti sessuali si è rivelata anacronistica e antinomica rispetto ai valori espressi nella Carta Costituzionale stessa. Il dato

giuridico, insieme all'evoluzione della società italiana verso una sempre maggiore uguaglianza tra uomo e donna hanno portato all'emanazione, a metà anni 90, della Legge 15 febbraio 1996, n. 66, una legge frutto di un dibattito assai lungo, durato sin troppo, come viene suggerito da esponenti del mondo femminile: si parla di cinque legislature, quasi un ventennio; una legge promossa dai movimenti femminili, dalle donne parlamentari; una legge frutto di lacerazioni e contrasti nel mondo politico ed anche nei movimenti a tutela della donna e tuttavia votata infine all'unanimità dei consensi in Parlamento alla vigilia dello scioglimento delle Camere.

Così la breve relazione di accompagnamento: la legge “trova ragione nell'assunzione di responsabilità che, da elette, abbiamo ritenuto di dover assumere nei confronti della maggioranza delle donne di questo Paese. Esse hanno in questi anni continuato a chiedere l'approvazione di una legge che mutasse la collocazione sistematica del reato di violenza; unificasse il delitto di violenza carnale con il delitto di atti di libidine violenti; prevedesse un regime di procedibilità coerente e con la libertà di ciascuna e con la tutela dei soggetti più deboli ed esposti; contenesse norme processuali che coniugassero le esigenze di accertamento della verità e quelle di tutela di esigenze di riservatezza”.²⁰

²⁰ Per la Relazione completa si veda il sito web <www.parlamento.it>.

Come è stato autorevolmente osservato “la nuova legge, espressione della rivoluzione avvenuta sul piano della sessualità, definisce un assetto di tutela imperniato proprio sul rispetto della volontà da parte della donna, sulla difesa dell’autodeterminazione della persona, anche e soprattutto in ambito sessuale, che avrebbe dovuto mettere definitivamente in soffitta, tra le anticaglie del passato, tutto ciò che apparteneva al vecchio modo di configurare la violenza sessuale penalmente rilevante”.²¹

La nuova normativa dispone all’art. 1 l’abrogazione integrale del primo capo (“delitti contro la libertà sessuale”) del nono titolo (“dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume”) del secondo libro del codice Rocco, oltre che l’abrogazione di tutta una serie di articoli (530,539,541,542,543) ricompresi nello stesso titolo; le norme vengono riformulate (vedremo successivamente come la legge 66/1996 ha disegnato il nuovo volto delle norme contro la violenza sessuale) ed inserite nel titolo dodicesimo (dei delitti contro la persona), capo III (dei delitti contro la libertà individuale), sezione II (dei delitti contro la libertà personale) del libro secondo del codice penale. In realtà l’incipit di questa riforma ha destato non poche perplessità: come ha sottolineato il PADOVANI “solitamente l’eliminazione di una regolamentazione preesistente è conseguente, e non prodromica,

²¹ Così FIANDACA Giovanni – MUSCO Enzo, *Diritto penale, Parte Speciale*, Vol. II, Tomo Primo, Milano, 2008, p. 204

all’emanazione della nuova disciplina sulla materia de qua. È lecito quindi supporre che l’inusuale precedenza accordata dal legislatore alla clausola abrogativa di cui all’articolo 1 della legge n° 66/1996 risponda a un’esigenza di carattere più ideologico e politico che di effettiva tecnica legislativa”²².

Ed effettivamente l’importanza attribuita a tale nuova collocazione sistematica dei reati sessuali, sbandierata dagli organi di stampa come una grande vittoria delle donne, è stata oltremodo enfatizzata, in considerazione del fatto che il legislatore del ‘96 non ha fatto altro che prendere atto del c.d. diritto vivente: nelle aule dei tribunali, negli scritti della più illustre dottrina, ancora sotto la vigenza della previgente disciplina, risultava già abbondantemente pacifica la reale natura del bene giuridico protetto (a dispetto della rubrica del codice): la libertà sessuale, appunto.

“Se l’innovazione risalta sul piano del messaggio culturale indirizzato al grosso pubblico, poco è nella sostanza mutato all’interno di un approccio tecnico-specialistico”²³. Tra l’altro qualche perplessità ha destato la rinuncia da parte del legislatore “a un riferimento teleologico esplicito alla tutela della

²² PADOVANI, Tullio, in CADOPPI, Alberto (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., p. 415.

²³ FIANDACA, Giovanni, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1155.

libertà sessuale” proprio nel momento in cui quest’ultima viene assunta a “diretto” ed “incontaminato” oggetto della tutela penale²⁴.

Se non altro, rimane il fatto che con la novella del 1996 è stato finalmente sancito, anche a livello legislativo, il passaggio culturale e sociale che da quella visione autoritaria e paternalistica che impediva la tutela della donna in quanto persona, retaggio di concezioni arcaiche della violenza sessuale, approda a quella più moderna, più civile, che concepisce la sessualità della donna come estrinsecazione della libertà della persona.

Non è più la moralità pubblica, dunque un bene di natura collettiva ad essere protetto dalla norma, bensì, secondo una visione più moderna e in linea con la mutata percezione sociale e culturale, la libertà sessuale, bene squisitamente individuale.

La Corte di Cassazione, nel 2004, si è espressa con favore in merito alla nuova collocazione del reato di violenza sessuale. Ha infatti commentato come “la correzione non nominalistica ma sostantiva e sistematica, operata con la collocazione della violenza sessuale tra i delitti contro la libertà personale, secondo una scelta peraltro da decenni auspicata dalla migliore dottrina” sia stata una scelta positiva, una scelta “che dirada ogni incertezza sulla reale oggettività giuridica del sistema sanzionatorio, e rende

²⁴ CADOPPI, Alberto (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., p. 31.

definitivamente evidente che la tutela è mirata sulla persona umana, sulla sua dignità nell'interezza dei diritti che vi si sintetizzano, con speciale attenzione per quelli che attengono alle forme più intime e riservate della sua vita, come le manifestazioni della sessualità”²⁵. “La sfera della sessualità cessa di appartenere al generico patrimonio collettivo della moralità o del buon costume e diviene diritto della persona umana di gestire liberamente la propria sessualità e la violazione di detto diritto costituisce offesa alla dignità della persona. Pertanto, l'illegittimità dei comportamenti deve essere valutata alla stregua del rispetto dovuto alla persona umana e della loro attitudine ad offendere la libertà di determinazione della sfera sessuale”²⁶.

Peraltro, nemmeno si può ritenere che una semplice ricollocazione topografica delle norme possa di per sé risolversi in una tutela adeguata dei diritti in materia sessuale; come affermato in dottrina, “l'efficacia di una fattispecie non può essere determinata solo dal suo posizionamento entro il sistema codicistico, se all'inquadramento sistematico prescelto non corrisponde poi un contenuto della norma stessa coerente con la classificazione adottata”²⁷.

²⁵ Cass., sez. III, 26 marzo 2004, n° 14789.

²⁶ Cass., sez. III, 27 aprile 1998, n° 6651.

²⁷ ROMANO, Mario - GRASSO, Giovanni - PADOVANI, Tullio, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 2687.

Solo attraverso l'analisi della nuova normativa sulla violenza sessuale (nei suoi elementi costitutivi e nelle sue applicazioni giurisprudenziali) si può giungere a stabilire se la riforma abbia davvero compiuto una rivoluzione in materia di reati sessuali, o se l'innovazione, così come consacrata nell'articolo 1 della legge n° 66/1996, abbia un carattere esclusivamente simbolico e culturale, una portata meramente dichiarativa, priva di effetti sul piano dell'operatività.

La legge di riforma, come anticipato, ha profondamente modificato i tipi di illecito e la relativa disciplina.

I delitti sessuali sono stati riformulati secondo varie innovazioni di cui la più importante è senza dubbio l'unificazione dei reati di violenza carnale e di atti di libidine violenti sotto la più generica fattispecie di reato di violenza sessuale.

Così recita il primo comma del nuovo art. 609-bis c.p.: “Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni”.

“Non avrebbe senso, stante l'unicità del bene protetto, distinguere tra diverse modalità di aggressione, tutte comunque lesive della dignità e dell'autodeterminazione della persona umana”²⁸.

²⁸ Cass., sez. III, 24 novembre 2000, n° 3990.

Perno centrale della nuova disciplina risulta quindi essere la nozione di atto sessuale; la vecchia distinzione tra congiunzione carnale e atti di libidine viene eliminata: qualunque forma di sopraffazione sessuale lede il bene giuridico protetto dalla nuova normativa (la libertà sessuale); la gravità degli atti compiuti acquista rilevanza solo ai fini della graduazione della pena.

D'altronde, uno degli obiettivi dichiarati era quello di “eliminare i problemi interpretativi di non facile soluzione, accompagnati spesso da odiosi risvolti, conseguenti alla necessità di accertare se in concreto vi fosse stata o no congiunzione carnale”²⁹.

Si vuole in buona sostanza evitare alla vittima di reati sessuali indagini processuali particolarmente invasive della privacy, ma necessarie ai fini dell'accertamento del tipo di reato commesso dal reo: non è più necessario che, in sede giudiziaria, gli operatori debbano approfondire nei minimi dettagli le modalità materiali del fatto di reato per poterlo qualificare, ad esempio, come atti di libidine consumati ovvero violenza carnale tentata.

L'abbandono delle due figure (violenza carnale, atti di libidine), con l'assimilazione nell'unitaria fattispecie di violenza sessuale, rappresenta

²⁹ Tali motivazioni sono state esplicitate dal Presidente della Commissione Giustizia del Senato nel 1988, al quale era stato affidato l'incarico di elaborare un testo unificato, poi approvato dal Senato il 30 giugno 1988.

Per una sintesi del dibattito, parlamentare e non, sul tema cfr. PECORARO-ALBANI, A., *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, Jovene, 1997, p. 53 ss.

d'altronde la naturale conseguenza dell'affermazione che essa è un reato contro la persona.

3. LA NOZIONE DI “ATTI SESSUALI”

La nuova disciplina sulla violenza sessuale è, dunque, tutta incentrata sulla nozione di “atti sessuali”. Il nuovo articolo 609-bis individua quale unica condotta composita, idonea a ledere il bene giuridico della libera autodeterminazione sessuale, il fatto di chi costringa (mediante violenza, minaccia o abuso di autorità) o induca (con abuso di condizioni di inferiorità o con l’inganno) taluno a compiere o subire, appunto, “atti sessuali”. La scelta del legislatore del ‘96, di riunificare le due fattispecie previste originariamente dal codice in ambito di violenza sessuale nell’unitario delitto *ex art. 609-bis c.p.*, è stata salutata con favore dalla critica del tempo; a suscitare numerose polemiche e a destare non poche perplessità è stata piuttosto l’infelice formulazione del nuovo articolo, che presenta molteplici profili problematici.

Numerosi autori in dottrina hanno sottolineato come la locuzione “atti sessuali” sia in primo luogo tacciabile di indeterminatezza e vaghezza, poiché “essa non costituisce né un elemento naturalistico (cioè riferito ad una realtà di natura, individuabile con sicurezza), né un elemento normativo giuridico, non essendo individuabile, nel nostro sistema giuridico, un’altra norma che consenta di determinare tale contenuto”³⁰; in altre parole, non esisterebbe né

³⁰ Così PIETRALUNGA, S., *Profili costituzionali delle nuove norme a tutela della libertà sessuale e problematiche criminologiche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, IV, 1988, p. 1175; l’autrice si riferisce alla

nel linguaggio giuridico né nella letteratura scientifica una nozione comunemente e univocamente accettata di “atto sessuale”.

Proprio tale genericità porrebbe l'espressione *de qua* in aperto contrasto con il principio di tassatività della fattispecie penale; principio che, come noto, discende da quello di legalità sancito dall'articolo 25 della Costituzione, e impone al legislatore di formulare le norme penali in maniera chiara e sufficientemente determinata, allo scopo di limitare un'eccessiva discrezionalità del potere giudiziario in sede di individuazione e applicazione in concreto delle singole ipotesi criminose.

Delle numerose questioni di illegittimità costituzionale sollevate in proposito, solo in un'unica occasione si è giunti al cospetto del Giudice delle Leggi: a seguito di un'ordinanza di rimessione emanata dal Tribunale di Crema³¹ nella quale, tra gli altri aspetti, si sottolineava come la stessa giurisprudenza di merito e di legittimità presentassero “non pochi esempi dai quali potersi desumere l'assenza di un significato consolidato e pacifico della suddetta locuzione” (in particolare, l'ordinanza citava due sentenze della Cassazione in cui il medesimo comportamento, consistente in un bacio non desiderato, era stato in un caso ritenuto penalmente irrilevante, nell'altro ricondotto invece al reato di cui all'articolo 609-bis), con il pericolo di “vistose

fattispecie contenuta nel DDL n° 996 del 1984, che già presentava la nozione di “atti sessuali”.

³¹ Trib. Crema, ordinanza 21 ottobre 1998, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, p. 60.

disparità di trattamento, inaccettabili dalla coscienza sociale, anche in considerazione del fatto che l'articolo 609-bis prevede sanzioni ispirate a severo rigore”.

Secondo l'Avvocatura generale dello Stato, intervenuta nel giudizio, la nozione di “atti sessuali” non sarebbe invece affetta da alcun vizio di legittimità costituzionale, qualora la si interpreti correttamente alla luce del bene giuridico tutelato dal nuovo articolo 609-bis, ovvero la libertà di autodeterminazione della propria corporeità sessuale; questo criterio dovrebbe orientare l'interprete “a ritenere punibili gli atti che violino la libertà sessuale intesa come estrinsecazione di un diritto fondamentale della persona che coinvolge la sfera della sessualità”³².

Inoltre, sempre secondo l'Avvocatura, “ove si richiedesse una maggiore specificità rischierebbero di rimanere impuniti comportamenti non specificamente previsti dal legislatore ma ugualmente lesivi della libertà personale nel suo aspetto della libera determinazione della sessualità”³³; argomentazione, questa, che sembra giustificare, più che confutare, l'indeterminatezza della locuzione “atti sessuali”³⁴.

³² C. Cost., ordinanza 17 luglio 2000, n° 295, in *Riv. Pen.*, 2000, p. 880.

³³ C. Cost., ordinanza 17 luglio 2000, n° 295, in *Riv. Pen.*, 2000, p. 880.

³⁴ Di questo parere COSTANZO, Angelo, *I reati contro la libertà sessuale*, Torino, UTET giuridica, 2008, p. 21

La Corte Costituzionale, purtroppo, non si è poi pronunciata espressamente sul punto: la predetta questione di legittimità costituzionale è stata infatti dichiarata manifestamente inammissibile per carenza di motivazione sulla rilevanza della stessa nel caso concreto, poiché il giudice rimettente aveva ommesso di descrivere nell'ordinanza di remissione i fatti sottoposti al suo giudizio.

Ha invece costantemente escluso profili di illegittimità costituzionale dell'articolo 609-bis, in relazione alla presunta indeterminatezza della locuzione “atti sessuali”, la Corte di Cassazione: “la formula, che ha il pregio della sinteticità, essendo ogni definizione analitica nella materia in esame da evitare, non può essere ritenuta generica e indeterminata, poiché molte volte l'organo di giustizia costituzionale ha riconosciuto la legittimità del riferimento a condotte la cui illiceità è condizionata dall'evoluzione del costume sociale o da nozioni scientifiche e i cui contenuti sono determinati dall'interpretazione giurisprudenziale”³⁵.

La necessità di giungere ad un'interpretazione coerente e univoca della nozione di “atti sessuali” si ricollega al problema di delineare una soglia minima, al di sotto della quale un atto non possa più considerarsi “sessuale”,

³⁵ Cass., sez. III, 27 aprile 1998, n° 6652; questa decisione è stata poi esplicitamente richiamata in Cass., sez. III, 23 settembre 2004, n° 37395; più recenti, *ex multis*, Cass., sez. III, 06 maggio 2004, n° 35118, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 115 e Cass., sez. III, 25 maggio 2006, n° 21167.

con la conseguente irrilevanza penale (almeno in riferimento all'articolo 609-bis) della relativa condotta.

Infatti, se nessun dubbio può sussistere sulla natura sessuale di atti quali il coito (vaginale, orale, anale), la masturbazione *et similia* (atti definibili come “ontologicamente sessuali”), molto più difficile appare l'inquadramento di gesti (come la palpazione, il bacio, la carezza, ecc.) compiuti su zone non genitali; comportamenti che non sembrano possedere un'intrinseca valenza sessuale, ma che possono connotarsi come tali in determinate circostanze, a seconda delle intenzioni dell'agente, o del contesto in cui si svolge l'azione.

Esaminiamo quindi come la dottrina e la giurisprudenza hanno interpretato la nuova locuzione “atti sessuali”. Una prima osservazione è d'obbligo: il panorama dottrinale, come quello giurisprudenziale, è multiforme a causa della genericità della nuova espressione, che lascia molto spazio all'interprete. Tuttavia sono rintracciabili, nella moltitudine, delle linee di tendenza di un certo rilievo.

Le posizioni sul punto possono ricondursi schematicamente a tre grandi filoni interpretativi: un primo, che vede una sostanziale equivalenza tra il concetto di “atti sessuali” *ex* art. 609-bis c.p. e la somma data dalla “congiunzione carnale” e dagli “atti di libidine” (*ex* artt. 519 e 521, ora abrogati); un secondo, che teorizza una maggior ampiezza del concetto di atti sessuali rispetto a quelli di congiunzione carnale e atti di libidine; un terzo, che

prospetta una minore estensione del concetto di atti sessuali rispetto alle due figure previste in origine dal Codice Rocco.

Impostato così il lavoro, ritengo opportuno, in via preliminare, soffermarmi brevemente sull'interpretazione giurisprudenziale degli abrogati artt. 519 e 521, anche ai fini di una migliore valutazione dell'impatto della l. n. 66/1996 sul "diritto vivente".

Iniziamo dalla congiunzione carnale, "l'atto di libidine per eccellenza"³⁶: "costituisce congiunzione carnale ogni fatto per il quale l'organo genitale del soggetto attivo o del soggetto passivo venga introdotto totalmente o parzialmente nel corpo dell'altro: pertanto sono atti di congiunzione carnale, e non semplici atti di libidine, sia il coito anale che quello orale"³⁷.

Questa definizione non presenta particolari problematiche. Se non possono esservi dubbi che ogni forma di congiunzione carnale sia un "atto sessuale", ciò è invece tutto da verificare relativamente agli atti di libidine.

La giurisprudenza *ante* riforma, in materia di atti di libidine, si era consolidata su una nozione "soggettiva". Infatti secondo i giudici di legittimità costituiva atto di libidine "qualsiasi atto di manomissione del corpo altrui, non già soltanto nelle parti intime, diverso dalla congiunzione carnale e suscettibile

³⁶ Così si legge nella *Relazione del Guardasigilli*, parte II, p. 319.

³⁷ Cass., sez. III, 21 gennaio 1985, n° 297.

di eccitare la concupiscenza sessuale anche in modo non completo e/o di breve durata come ad esempio l'abbraccio essendo del tutto irrilevante, ai fini della consumazione, che il soggetto abbia o meno conseguito la soddisfazione erotica"³⁸. Era quindi "sufficiente il tocco di qualsiasi parte del corpo e non già soltanto di quelle intime, purché esso sia volto all'eccitazione della brama sessuale"³⁹. In buona sostanza, in presenza di atti di significato obiettivamente equivoco (quali i baci, gli abbracci, i tocamenti, le carezze) era l'impulso lussurioso del reo il vero e proprio criterio discrezionale: se posti in essere con intenzione lasciva, infatti, costituivano atti di libidine, mentre erano penalmente irrilevanti se realizzati, ad esempio, per amicizia o affetto.

Era richiesta, in altre parole, "la presenza di un requisito soggettivo di antigiuridicità, vale a dire l'insorgenza di uno stato interiore psichico caratterizzato dalla libidine sessuale"⁴⁰.

Torniamo adesso agli odierni "atti sessuali".

Come anticipato, un primo orientamento ha interpretato la nuova figura nel segno della continuità, ritenendola cioè una mera espressione di sintesi in cui sono confluite le previgenti ipotesi di congiunzione carnale e atti di libidine. Insomma, l'espressione "atti sessuali" non sarebbe altro che una

³⁸ Per questa ricostruzione v. Cass., sez. III, 27 aprile 1998, n° 6651.

³⁹ Cass., sez. III, 29 dicembre 1986, n° 13303.

⁴⁰ Cass., sez. III, 9 aprile 1976, n° 3353.

rivisitazione, in chiave moderna, della oramai anacronistica e moraleggiante locuzione richiamante la libidine⁴¹.

Pertanto, sarebbero riconducibili alla categoria degli atti sessuali tutti i comportamenti caratterizzati dalla presenza di due requisiti: uno soggettivo, ovvero la finalizzazione dell'atto all'insorgenza o all'appagamento di un desiderio o di un istinto sessuale; uno oggettivo, ovvero la concreta e normale idoneità della condotta a compromettere la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale⁴².

In tal senso si è sbilanciata, in più di un'occasione, anche la Corte di Cassazione⁴³, la quale ha affermato che “il concetto di atti sessuali è semplicemente la somma dei concetti previgenti di congiunzione carnale e atti di libidine, sicché esso ricomprende, oltre ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo tra soggetto attivo e soggetto passivo, ancorché fugace ed estemporaneo, o comunque coinvolgendo la corporeità sessuale di quest'ultimo, sia finalizzato e

⁴¹ Tra gli altri ROMANO, Bartolomeo, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, CEDAM, 2009, p. 96; AMBROSINI, Giangiulio, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, UTET giuridica, Torino, 1997, p. 12; CAMPISI, Giuseppe, *Note sulle modifiche in tema di violenza sessuale*, in *Riv. Pen.*, 1996, p. 681; MARINO, Raffaele, *Violenza sessuale, pedofilia e stalking*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2009, p. 49.

⁴² Così BELTRANI, Sergio - MARINO, Raffaele, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 1996, p. 43.

⁴³ Senza pretese di esaustività, mi limito a segnalare alcune sentenze particolarmente significative, per evidenziare come le oscillazioni giurisprudenziali siano continuate incessantemente dal 1996 ad oggi, senza possibilità di individuare una linea interpretativa prevalente e consolidata.

normalmente idoneo a porre in pericolo la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale”⁴⁴.

Un secondo orientamento, certamente minoritario, ritiene che la nozione di atti sessuali sia più ampia rispetto a quelle di violenza carnale e atti di libidine. Con la conseguenza che ciò che prima della riforma era penalmente irrilevante ora è violenza sessuale.

In poche parole, viene considerato “atto sessuale” ogni comportamento “avente significato erotico anche solo nella dimensione soggettiva dei rapporti soggetto attivo/soggetto passivo⁴⁵”, anche in assenza di un coinvolgimento dell’essere corporeo e sessuale della vittima. Secondo questa impostazione sono, ad esempio, atti sessuali, e come tali punibili *ex art. 609-bis c.p.*, gli atti di esibizionismo o di autoerotismo o di voyerismo del soggetto attivo a cui altri sono costretti, o indotti, ad assistere.

Ad ogni buon conto la giurisprudenza non sembra aver accolto questa impostazione: sono rarissimi i precedenti ove manca effettivamente il coinvolgimento della corporeità sessuale della vittima per la sussistenza del delitto di violenza sessuale, sebbene sul punto si deve osservare che vi è una certa confusione, creata dalla presenza di massime a dir poco imprecise e prive

⁴⁴ Così Cass., sez. III, 02 luglio 2004, n° 37395. Vedi anche Cass., sez. III, 25 marzo 2004, n° 19562 e Cass., sez. III, 13 febbraio 2003, n° 12862.

⁴⁵ Così MARINI, G., *Delitti contro la persona*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 296. Cfr. sul punto anche VESSICHELLI, M., *Con l’aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del patteggiamento*, in *Guida al Diritto*, 1996.

di riferimenti al caso concreto, che estrapolate dalla relativa motivazione, possono dar luogo a veri e propri fraintendimenti⁴⁶.

Anzi, vi è un consolidato orientamento della Corte di Cassazione che sancisce a chiare lettere che per aversi violenza sessuale è indispensabile che venga coinvolta la fisicità della vittima, e in particolare la sua corporeità sessuale. Non possono quindi qualificarsi come atti sessuali ai sensi della normativa penale “tutti quegli atti i quali, pur essendo espressivi di concupiscenza sessuale, siano però inidonei ad intaccare la sfera della sessualità fisica della vittima, comportando essi soltanto offesa alla libertà morale di quest’ultima o al sentimento del pudore”⁴⁷. È il caso di colui che costringe taluno a spogliarsi o ad assistere ad atti di esibizionismo o di autoerotismo. In tutte queste ipotesi, non siamo in presenza di violenza sessuale ma, tutt'al più, di violenza privata o di atti osceni od, ancora, ingiuria.

Come anticipato, un terzo orientamento dottrinale e giurisprudenziale⁴⁸ sostiene che l'affrancamento dalla moralità sessuale e la spiccata dimensione personalistica del nuovo art. 609-bis dovrebbero comportare un restringimento dell'area del penalmente rilevante in materia sessuale, in quanto

⁴⁶ Caso paradigmatico ove la massima travisa il *decisum*, è la sentenza Cass., sez. III, 25 settembre 1999, n° 1431.

⁴⁷ Cass., sez. III, 28 settembre 1999, n° 2941. In dottrina, insiste sulla necessità di un contatto fisico per aversi violenza sessuale, cfr. Alberto CADOPPI, sulla posizione del quale torneremo in seguito.

⁴⁸ Parlano espressamente di “restringimento dell'area di rilevanza penale di alcuni aspetti marginali dei cd. atti di libidine” la sentenza Di Francia, la sentenza De Marco, la sentenza Calò e la sentenza Piancone.

la moralità pubblica (o meglio, la moralità sessuale) dovrebbe essere un oggetto giuridico ben più sensibile ed inafferrabile rispetto alla libertà sessuale individuale. Per questo la nozione di “atti sessuali” dovrebbe essere più ristretta rispetto a quella di “atti di libidine”.

A parere dei fautori di questo indirizzo, già a livello semantico la nuova espressione si connoterebbe in senso inevitabilmente oggettivistico-scientifico; oggettivistico, poiché il carattere “sessuale” di un atto non dipenderebbe dall’impulso di chi quell’atto pone in essere, essendo sufficiente che il comportamento in questione coinvolga la sfera, appunto, sessuale; scientifico, poiché la sessualità è oggetto di studio delle scienze (mentre la libidine sarebbe un concetto di pertinenza dell’etica e della morale, più che della scienza)⁴⁹.

Tale tesi è stata propugnata da CADOPPI, il quale, rifacendosi “alle scienze medico-psicologiche e ancor più a quelle antropologico-sociologiche”, osserva che si ha atto sessuale in caso “di contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona con una zona genitale (compresa la mammella nella donna), anale od orale del partner”⁵⁰. Al di fuori di queste ipotesi l’atto potrà essere forse “libidinoso”, ma non sarà certamente “sessuale”. Saranno così atti sessuali (a parte ovviamente ogni congiunzione carnale prima rilevante *ex art.*

⁴⁹ Così CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, CEDAM, cit., p. 455; aderisce a questa impostazione anche TABARELLI DE FATIS, S., *Sulla rilevanza penale del bacio come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1997, p. 977.

⁵⁰ CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., p. 466 ss.

519) “i toccamenti (attuati con l’organo genitale, con una mano, con la bocca, o anche con altra parte del corpo) sia dell’organo genitale in ogni sua parte anche periferica (oltre che, naturalmente, della mammella ove la persona offesa sia una donna), sia dell’ano, che della bocca”⁵¹ (ovviamente, vi sarà violenza sessuale anche nel caso in cui tali toccamenti siano compiuti dalla vittima su se stessa, su costrizione o induzione del soggetto attivo).

Pertanto l’individuazione delle condotte penalmente rilevanti non dovrebbe dipendere (se non eventualmente in relazione al dolo) né dall’impulso del soggetto attivo del reato, né dalla potenziale suscettibilità erotica del soggetto passivo, bensì dall’oggettiva natura sessuale dell’atto in sé considerato, individuata con riferimento alle scienze medico-psicologiche e soprattutto antropologico-sociologiche (in considerazione del fatto che sono soprattutto i costumi di un popolo a determinare ciò che è “sessualmente rilevante”). Con la conseguenza che non rientrerebbero nella nozione minima di atti sessuali alcuni fatti che prima erano puniti come atti di libidine se finalizzati al soddisfacimento della brama sessuale dell’agente, quali, ad esempio, gli abbracci, i toccamenti del sedere, i “piedini”, i pizzicotti, i baci superficiali.

A favore della interpretazione restrittiva e oggettiva degli atti sessuali vi sono numerosi argomenti.

⁵¹ *Ibidem*.

Innanzitutto quello letterale: la locuzione “atti sessuali” ha sicuramente una connotazione maggiormente “oggettivistico-scientifica”⁵² rispetto a quella precedente “atti di libidine”.

“Non siamo più in presenza di atti penalmente rilevanti in quanto soggettivamente libidinosi e moralmente riprovevoli, bensì ad atti che attengono oggettivamente alla sfera sessuale della parte offesa, da determinarsi secondo le indicazioni delle scienze empiriche. Pertanto un atto, pur essendo espressione di concupiscenza ed immoralità, non può considerarsi sessuale se non coinvolge oggettivamente ed univocamente la corporeità sessuale della vittima”⁵³.

Anche il mutamento del bene giuridico, ad opera della novella del ‘96, sospinge verso l’ “obiettivizzazione” e la “restrizione”⁵⁴.

V’è poi da tenere in considerazione che, durante i lunghi lavori parlamentari (durati quasi un ventennio) dedicati alla stesura della riforma, in quasi tutti i progetti e disegni di legge presentati era prevista una autonoma fattispecie di “molestie sessuali”, volta a ricomprendere tutti quei

⁵² *Ibidem*.

⁵³ PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, in *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di Alberto Cadoppi, Torino, UTET giuridica, 2006, p. 39.

⁵⁴ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, CEDAM, 1998, pag. 11.

comportamenti minori di natura sessuale non rientranti nella violenza sessuale (tra i quali anche le ipotesi più lievi dei vecchi atti di libidine).

Quindi la locuzione “atti sessuali”, utilizzata da quasi tutti i progetti parlamentari, non comprendeva certamente le molestie sessuali ed “aveva allora una sfera d’azione minore rispetto all’area coperta dall’espressione atti di libidine. Il semplice fatto che alla fine [...] la fattispecie delle molestie sessuali non sia stata introdotta non è di per sé sufficiente a far riesperire un concetto che per quasi vent’anni di lavori preparatori della legge aveva uno spazio d’azione più ristretto”⁵⁵.

“Sospinge verso l’interpretazione restrittiva anche l’argomento sistematico: le altre fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 609-quater (atti sessuali con minorenne), 609-quinquies (corruzione di minorenni) e 609-octies (violenza sessuale di gruppo) fanno anch’esse riferimento al concetto di atti sessuali. Tuttavia pare all’evidenza assurda la penalizzazione di fatti che nulla hanno di offensivo per il soggetto passivo, quale può essere ad esempio il bacio fra due genitori in presenza del figlio infraquattordicenne: ritenere consumato il reato di corruzione di minorenne per il semplice fatto di baciarsi avanti al proprio bambino sarebbe chiaramente privo di qualsiasi fondamento logico, oltre che contrario al senso comune”⁵⁶.

⁵⁵ CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., p. 466 ss.

⁵⁶ PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, cit., p. 39.

E sicuramente non si può immaginare che il legislatore abbia inteso, nel formulare gli articoli in questione, attribuire alla medesima locuzione (“atti sessuali”) significati diversi l’uno dall’altro.

Infine, una interpretazione restrittiva sarebbe più conforme ai principi fondamentali del nostro sistema penale: il principio di proporzionalità, di offensività, di colpevolezza, di tassatività della fattispecie penale.

La ricostruzione ermeneutica appena esposta è stata oggetto di numerose critiche, che ne hanno evidenziato il carattere eccessivamente “naturalistico”. Si è detto in proposito che “l’interpretazione naturalistica, se portata alle estreme conseguenze, rischia di favorire una (presunta) certezza applicativa frutto di ingiustificato riduttivismo ermeneutico”, nel quale si finisce “per argomentare prevalentemente in termini di selezione e misurazione di parti anatomiche”⁵⁷. Insomma, il rischio denunciato sarebbe quello di “assimilare troppo l’interprete della legge penale ad un anatomista o fisiologo da laboratorio”⁵⁸. E si propone quindi di integrare il sopra denominato approccio naturalistico con un approccio cd. contestuale: “l’individuazione del significato

⁵⁷ FIANDACA, Giovanni, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 1158. È da sottolineare che lo stesso CADOPPI (*Presentazione*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/1996: profili giuridici e criminologici*, Cedam, Padova, 2001, p. 8 ss.) ammette che la propria concezione anatomico-culturale ha dei limiti in quanto “rischia, in sia pur rare ipotesi concrete, di non rispecchiare la realtà contestuale dei fatti in relazione – per usare una felice espressione piccottiana – al *rapporto interpersonale* tra partners. Ma forse questo è un piccolo prezzo da pagare” al fine di “restituire interpretativamente certezza ad un’espressione legislativa che, come ritiene gran parte della dottrina, ne è carente”.

⁵⁸ FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., pag. 1157.

sessuale di un atto non può prescindere dalla considerazione del contesto interattivo, quindi della relazione intersoggettiva che si realizza tra i protagonisti del fatto, per cui la percezione non solo del significato sessuale, ma del significato sessuale violento, va desunta dalla dinamica psicologica e comunicativa che si realizza all'interno del fatto tra le persone coinvolte. Sicché al limite anche un bacio su collo, sulla spalla, a maggior ragione un attingimento fisico del fondoschiena, nel contesto considerato potrebbero assumere un indubbio significato sessuale in quei termini in cui la valutazione penalistica deve cogliere il significato sessuale del comportamento”⁵⁹.

In parte vicino alla concezione “contestuale” dell’atto sessuale si pone la concezione “relazionale” pura, sostenuta da altra parte della dottrina, secondo la quale la nozione di atto sessuale ha un ruolo del tutto marginale nell’articolata struttura della fattispecie in esame, la cui tipicità deve essere valutata in base al “peculiare tipo di rapporto interpersonale, di rilevanza sessuale, che si deve instaurare fra le parti, perché si realizzi la specifica offesa che caratterizza l’intero fatto tipico”⁶⁰. Tale dottrina⁶¹ giunge a ritenere violenza sessuale consumata anche il bacio superficiale o finito sulla guancia, il

⁵⁹ Così FIANDACA, *Relazione di sintesi*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/1996: profili giuridici e criminologici*, Padova, CEDAM, 2001, p. 243.

⁶⁰ Così PICOTTI, *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/1996: profili giuridici e criminologici*, cit., p. 22.

⁶¹ Sposa la tesi piccottiana anche DI MARTINO, *Sul bacio involato a ‘lei’ che dissente: postilla in margine a G.U.P. Trib. Piacenza, 4 giugno 1998* in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1999.

toccamiento del ginocchio o del piede, come qualunque altro atto non ricadente “su zone genitali od erogene, allorché siano il punto culminante dell’effettiva instaurazione di un siffatto tipo di rapporto violento, avente rilevanza nella sfera della corporeità sessuale della vittima”⁶².

Sia l’impostazione “relazionale” che quella “contestuale”, pur mirando all’encomiabile obiettivo di fornire una più intensa tutela della vittima, comportano un elevato rischio di interpretazioni giudiziarie incerte ed oscillanti, prediligendo l’interesse della tutela della vittima a quello della certezza del diritto. Quindi, pur dovendo annoverare queste proposte ermeneutiche (di matrice contestuale-interpersonale) nel quadro di un approccio oggettivo alla nozione di atto sessuale, a ben vedere esse comportano in buona parte gli stessi gravi inconvenienti ascrivibili ai criteri interpretativi soggettivistici sopra riportati. Ciò in quanto stabilire i criteri attraverso i quali attribuire, al contesto o alla relazione in concreto verificatasi, il crisma della rilevanza penale “sessuale” spetta al giudice stesso, il quale non ha tra l’altro a disposizione un catalogo tipizzato di rapporti cui fare riferimento (ad es. rapporti di amicizia, rapporti sentimentali, rapporti di lavoro)⁶³.

⁶² Così PICOTTI, *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/1996: profili giuridici e criminologici*, cit., p. 22 ss.

⁶³ Cfr. sul punto MACRÌ *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva e analogia in malam partem*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007.

Attraverso la perifrasi della “complessiva valutazione di tutta la vicenda” si corre quindi il rischio che sia il giudice a stabilire di volta in volta quando una determinata condotta possa essere o meno penalmente rilevante. E questo risultato, vigente il principio di legalità, non è accettabile. Si elidono, così facendo, fra l’altro, due grandi valori sottesi a tale principio, ossia l’uguaglianza di trattamento tra i cittadini e la libertà individuale di autodeterminazione: la libertà, cioè, di effettuare consapevolmente le proprie scelte d’azione potendo prevederne le conseguenze giuridiche.

Concludendo sul punto, alla luce di quanto appena visto si può certamente affermare che le concezioni soggettivistiche (per quanto autorevolmente sostenute) sono attualmente recessive: il grande dibattito ermeneutico, nei tempi recenti, si sta spostando dalla dialettica oggettivo/soggettivo all’individuazione della “natura” e delle caratteristiche dell’oggettività che deve contrassegnare gli atti sessuali.

A un simile, variegato panorama dottrinale fa eco un altrettanto incerto orientamento giurisprudenziale, oscillante tra interpretazioni soggettivizzanti e oggettivizzanti (con commistioni delle une nelle altre), restrittive o ampliative, con esiti applicativi fluttuanti e in qualche caso persino incoerenti con le affermazioni di principio contenute nelle relative sentenze.

In una pronuncia di poco successiva all’emanazione della legge di riforma, la Corte di Cassazione, nel suo primo tentativo di definire l’atto sessuale, ha

adottato una soluzione “ibrida”: “nella definizione di atto sessuale rientra ogni comportamento, che nell’ambito di un rapporto fisico interpersonale sia manifestazione dell’intento di dare soddisfacimento all’istinto collegato con i caratteri anatomico-genitali dell’individuo. Ne deriva che la condotta deve consistere, quanto meno, in toccamenti di quelle parti del corpo altrui, suscettibili di essere – nella normalità dei casi – oggetto dei prodromi, diretti al conseguimento della piena eccitazione o dell’orgasmo”⁶⁴ (nella specie, è stato ritenuto atto sessuale l’inserimento della mano tra le gambe di una donna, che mostrava di rifiutare ogni contatto).

Come appare evidente, nell’ordinanza *de qua* sebbene la Suprema Corte sembri accogliere in alcune parti della motivazione la concezione soggettiva di atto sessuale (dato che si fa riferimento al “soddisfacimento dell’istinto sessuale”), tuttavia oggettivizza tale approccio richiedendo che “il rapporto fisico interpersonale” abbia un collegamento con i “caratteri anatomico-genitali dell’individuo” e che la condotta dell’agente debba consistere quanto meno in toccamenti di quelle zone del copro umano che “nella normalità dei casi” eccitano o sodisfano sessualmente l’agente.

Pochi giorni dopo l’ordinanza Rotella di cui sopra, è intervenuta la sentenza Coro⁶⁵ sulla falsariga della quale si è assestata la giurisprudenza di

⁶⁴ Cass., sez. III, 11 dicembre 1996, n° 3800 (Rotella), in *Cass. Pen.*, 1997, p. 2092.

⁶⁵ Cass., sez. III, 15 novembre 1996, n° 1040 (Coro), in *Riv. Pen.*, 1997, p. 147.

impostazione soggettivistica. Infatti ivi si legge che “la condotta vietata dall’art. 609-bis ricomprende [...] oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto che, anche se non esplicito attraverso il contatto fisico diretto con il soggetto passivo, sia finalizzato ed idoneo a porre in pericolo il bene primario della libertà dell’individuo attraverso l’eccitazione o il soddisfacimento dell’istinto sessuale dell’agente. l’antigiuridicità della condotta resta connotata da un requisito soggettivo (la finalizzazione all’insorgenza o all’appagamento di uno stato interiore psichico di desiderio sessuale) innestantesi sul requisito oggettivo della concreta e normale idoneità del comportamento a compromettere la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale, e ad eccitare o a sfogare l’istinto sessuale del soggetto attivo. Il riferimento alla normale idoneità è necessario, poiché un soggetto connotato da una sessualità particolare potrebbe eccitarsi, ad esempio, anche attraverso il bacio delle scarpe calzate della persona concupita ed un comportamento siffatto non potrebbe certamente ricondursi alla previsione incriminatrice in esame”⁶⁶.

Nella presente sentenza la Suprema Corte, pur avendo adottato la nozione soggettiva di atto sessuale, non cede “alle lusinghe del più mero soggettivismo”: infatti “il solo impulso libidinoso non è sufficiente a

⁶⁶ *Ibidem*.

comportare la condanna per violenza sessuale; anzi cerca di oggettivare il concetto di atto sessuale richiedendo il requisito della normale idoneità”⁶⁷.

L'impostazione soggettivistica emergente pare essere meno connotata psicologicamente rispetto alla giurisprudenza formatasi sotto la vigenza dei reati di atti di libidine violenti.

Si deve però aspettare il 1998 per avere la prima sentenza di chiara impostazione oggettivistica: “la connotazione sessuale dell'atto fa assumere alla nozione un significato prevalentemente oggettivo e non soggettivo come, invece, avveniva per quella di atti di libidine, e determina un restringimento dell'area di rilevanza penale di alcuni aspetti marginali dei c.d. atti di libidine”⁶⁸.

L'esito pratico di questa enunciazione di principio, peraltro, ha lasciato perplessi numerosi commentatori⁶⁹, giacché nel caso di specie è stata ritenuta configurare il reato di violenza sessuale consumata (e non tentata) la condotta dell'agente, il quale, dopo aver afferrato una donna per le spalle rivolgendole parole di apprezzamento, aveva cercato di baciarla sulla bocca, peraltro riuscendo solo a lambirne la guancia, a causa di un movimento del capo della

⁶⁷ PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, in *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., p. 48.

⁶⁸ Cass., sez. III, 27 aprile 1998, n° 6652 (Di Francia), in *Foro It.*, 1998, II, p. 505

⁶⁹ Molto critici sulla decisione della Cassazione nel caso di specie: FIANDACA, *La rilevanza penale del bacio tra anatomia e cultura*, in *Foro It.*, 1998, II, p. 505; CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., p. 472.

vittima stessa; la Corte di Cassazione ha infatti confermato la sentenza di condanna emessa in sede d'appello, respingendo il ricorso dell'imputato volto ad ottenere l'annullamento della pronuncia per insussistenza del reato o, in subordine, quantomeno il riconoscimento del mero tentativo, e non del delitto consumato.

La discrepanza tra la posizione teorica enunciata e la decisione del caso concreto appare ancora più evidente se si considera che, anteriormente alla riforma del 1996, in un caso simile (la condotta in quel caso era consistita in baci sul collo e sulla guancia dati dall'imputato ad una propria dipendente contro la volontà di questa), la medesima Cassazione aveva escluso che si potessero ravvisare gli estremi del delitto di atti di libidine violenti⁷⁰, e aveva pertanto annullato senza rinvio la relativa sentenza di condanna emessa in Appello, rilevando che il fatto non costituiva reato (non potendo la condotta in questione integrare nemmeno la diversa fattispecie di molestia *ex* articolo 660 c.p., essendosi la vicenda svolta in luogo non aperto al pubblico).

In sostanza la sentenza n° 6652 del 1998 (caso Di Francia), pur postulando come principio una portata minore del concetto di atti sessuali rispetto ai previgenti atti di libidine, ha finito *de facto* per estendere l'ambito applicativo del nuovo articolo 609-bis, fino a ricomprendervi condotte che, vigente l'articolo 521 c.p., erano considerate penalmente irrilevanti.

⁷⁰ Cass., sez. III, 11 ottobre 1995, n° 11318, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1997, p. 962.

Le pronunce qui riportate, estremamente indicative dell'incertezza della Suprema Corte in materia di interpretazione della nozione di "atti sessuali", non esauriscono affatto la casistica sull'argomento.

Senza pretese di esaustività, mi limito a segnalare alcune sentenze particolarmente significative, per evidenziare come le oscillazioni giurisprudenziali siano continuate incessantemente dal 1996 ad oggi, senza possibilità di individuare una linea interpretativa prevalente e consolidata.

Nel 1998 la Suprema Corte, pur sostenendo la minor ampiezza applicativa e la connotazione oggettiva della nuova nozione rispetto agli atti di libidine (sulla scorta della considerazione che "lo specifico riferimento agli atti sessuali" comporterebbe "una nozione più oggettiva e restrittiva dell'atto penalmente rilevante, come limitato alla sfera del sesso, inteso in senso anatomico, fisiologico e funzionale"⁷¹), ha tuttavia ricompreso nella categoria degli atti sessuali anche i baci non profondi, c.d. "a labbra chiuse"⁷²; nel caso *de quo*, peraltro, l'azione dell'imputato non si era limitata ai suddetti contatti, concretandosi anche in accarezzamenti della zona genitale della vittima; la Cassazione ha pertanto ritenuto infondata la pretesa del ricorrente, volta ad ottenere una diversa qualificazione giuridica della condotta rispetto a quanto

⁷¹ Cass., sez. III, 04 dicembre 1998, n° 1137 (De Marco), in *Cass. Pen.*, 2000, p. 930.

⁷² In senso conforme, per la configurabilità del bacio come atto sessuale: Cass., sez. III, 11 gennaio 2006, n° 549 (sfioramento del viso con le labbra); Cass., sez. III, 26 gennaio 2006, n° 19808 (bacio sulle labbra e sul collo); Cass., sez. III, 13 febbraio 2007, n° 25112 (bacio sulle labbra); Cass., sez. III, 26 marzo 2007, n° 12425 (bacio sulle labbra).

statuito dai giudici d'Appello (violenza privata in luogo dell'attribuita violenza sessuale).

Nel 2000 i giudici di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi sul caso di un uomo, arrestato in flagranza di reato per aver toccato le natiche ad alcune studentesse all'uscita del liceo da queste frequentato.

Il G.I.P., all'esito dell'udienza di cui all'articolo 391 c.p.p., non aveva convalidato l'arresto, non ravvisando nella condotta dell'uomo gli estremi del delitto di violenza sessuale, bensì quelli della semplice contravvenzione di cui all'articolo 660 c.p. (molestia o disturbo alle persone), in base alla considerazione che le modalità dell'episodio, così come confermate dalle stesse vittime, avrebbero evidenziato la sussistenza di intenti semplicemente molesti e non anche libidinosi.

Avverso tale provvedimento era stato presentato ricorso da parte del Pubblico Ministero, il quale aveva ravvisato nel provvedimento del G.I.P. un'erronea applicazione della legge penale, in quanto era stato attribuito rilievo determinante, per la qualificazione giuridica dei fatti, ad un elemento (l'intento dell'agente) estraneo alla fattispecie di cui all'articolo 609-bis.

Nel caso di specie la Corte ha accolto il ricorso del P.M., conseguentemente annullando con rinvio il provvedimento del G.I.P.; la mancanza del fine di concupiscenza in capo all'agente è stata ritenuta dalla Corte irrilevante ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale, non

essendo tale ulteriore finalità, secondo le parole dei giudici di legittimità, “espressamente richiesta dalle norme incriminatrici, essendo necessario e sufficiente l’ordinario dolo, [...] senza l’ulteriore necessità di quelle finalità particolari, nella specie il soddisfacimento dell’istinto sessuale, che pur nella generalità dei casi, di fatto, ne costituiscono il movente, ma non rientrano, tuttavia, nella fattispecie tipica. Si pensi, ad esempio, a fatti di stupro commessi, per finalità di scherno o di vendetta, manualmente o con mezzi meccanici, nei quali pur non essendo presente, all’evidenza, alcun fine di soddisfacimento dell’istinto sessuale, nondimeno ricorrono gli estremi, oggettivi e soggettivi, della violenza sessuale”⁷³.

Sempre nel 2000 la Cassazione ha respinto il ricorso presentato avverso una sentenza di condanna inflitta in sede d’Appello ad un uomo, riconosciuto colpevole di violenza sessuale e lesioni personali ai danni dell’*ex* fidanzata.

Il ricorrente aveva ravvisato nella pronuncia impugnata un’erronea applicazione della norma di cui all’articolo 609-bis per difetto dell’elemento psicologico del reato, in quanto la condotta posta in essere non sarebbe stata manifestazione dell’intento di dare soddisfazione al proprio istinto sessuale

⁷³ Cass., sez. III, 30 marzo 2000, n° 1405 (Delle Donne). In senso conforme, per la configurabilità dei c.d. “palpeggiamenti” come atti sessuali: Cass., sez. III, 03 luglio 2003, n° 28505 (palpeggiamento delle natiche); Cass., sez. III, 18 gennaio 2005, n° 876 (palpeggiamento delle natiche); Cass., sez. III, 22 maggio 2007, n° 19718 (toccamento del seno di una donna in topless); Cass., sez. III, 17 giugno 2009, n° 39718 (toccamento del seno a scopo ludico).

(avendo egli aggredito la donna unicamente con lo scopo di vendicarsi per un tradimento subito).

Motivando la sua decisione, nuovamente la Corte ha affermato che “per il reato *de quo* è richiesto solo il dolo generico [...], essendo irrilevante che il motivo principale che ha portato ad agire possa essere stato quello di sottoporre la donna ad una umiliazione”⁷⁴, ribadendo così un’interpretazione precipuamente oggettiva dell’espressione “atti sessuali”.

Nello stesso anno, tuttavia, in un’altra pronuncia la Suprema Corte ha al contrario sostenuto, peraltro in via di mero *obiter dictum*, che l’attuale concetto di atti sessuali sarebbe semplicemente “la somma dei concetti previgenti di congiunzione carnale e atti di libidine”⁷⁵, ragion per cui “l’antigiuridicità della condotta vietata dall’articolo 609-bis c.p.” resterebbe connotata “da un requisito soggettivo (la finalizzazione all’insorgenza o all’appagamento di uno stato interiore psichico di desiderio sessuale), che non va confuso con l’elemento soggettivo del reato, individuabile nel dolo generico”.

Nel 2012 la Cassazione si confronta nuovamente sulla ben nota *quaestio* della rilevanza penale del bacio ai sensi dell’art. 609-*bis* c.p., ribadendo che anche il mero sfioramento con le labbra del viso altrui per dare un bacio - nel caso di specie sulla guancia - integra il delitto di violenza sessuale.

⁷⁴ Cass., sez. III, 10 aprile 2000, n° 4402.

⁷⁵ Cass., sez. III, 24 novembre 2000, n° 3990.

L'imputato, portiere dello stabile nel quale risiedeva la famiglia della persona offesa, si era recato nell'appartamento di quest'ultima chiedendole alcuni "bacetti"; al mancato riscontro positivo di costei aveva tentato di baciarla sulla bocca, ma, vista la resistenza della ragazza, era riuscito solo ad appoggiare repentinamente le labbra su una guancia della stessa.

Nel giudizio di primo grado il Tribunale di Messina dichiarava l'imputato colpevole del reato di cui all'art. 609-*bis* c.p., e ritenuto il fatto di minore gravità, lo condannava alla pena di 1 anno e 2 mesi di reclusione (pena sospesa), unitamente all'applicazione delle pene accessorie ed al risarcimento del danno in favore della costituita parte civile. La sentenza di condanna veniva quindi confermata dalla Corte di Appello di Messina.

La difesa proponeva ricorso per Cassazione adducendo, in primo luogo, l'insussistenza del reato; in secondo luogo, l'insufficiente riscontro da parte della Corte di Appello di Messina rispetto alle doglianze libellate in quella sede.

La Suprema Corte conclude per l'inammissibilità del ricorso: "le modalità della condotta posta in essere dal prevenuto non lasciano adito a dubbi circa la cristallizzazione del delitto contestato: anche il mero sfioramento con le labbra del viso altrui per dare un bacio integra il delitto di violenza sessuale, posto che tra gli atti suscettibili di concretizzare il reato *de*

quo possono essere ricompresi anche quelli rapidi ed insidiosi, riguardanti zone erogene su persona non consenziente”⁷⁶.

Da notare qui l’assenza di un’argomentazione concernente il carattere sessuale del bacio sulla guancia: pare che il giudice di legittimità abbia dato per scontato che il viso e la guancia possano pacificamente qualificarsi come zone erogene, e quindi, implicitamente, che il bacio sulla guancia "rubato" possa considerarsi come un atto sessuale.

In una recente pronuncia⁷⁷ la Suprema Corte ha poi sostenuto (nuovamente) che il reato di violenza sessuale risulta integrato anche in mancanza di un contatto fisico tra vittima e carnefice, se la condotta aggressiva mira a soddisfare il desiderio sessuale dello stesso ed è idonea a privare la vittima della libertà di autodeterminazione. Nel caso di specie, le condotte ascritte all’indagato consistevano in conversazioni telefoniche nel corso delle quali, qualificatosi come medico ginecologico, riferiva alle donne chiamate di essere al corrente degli accertamenti medici da queste effettuati o in procinto di effettuare e, rappresentate situazioni di urgenza o di opportunità, le sollecitava a compiere su se stesse atti di autoerotismo giustificati da finalità mediche oppure a fotografare la loro zona genitale e trasmettere l’esito via e-mail.

⁷⁶ Cass., sez. III, 26 settembre 2012, n. 44480.

⁷⁷ Cass., sez. III, sentenza 03 maggio 2013 n° 19102.

L'analisi delle oscillazioni giurisprudenziali tra concezioni soggettivizzanti e oggettivizzanti del concetto di atti sessuali potrebbe continuare a lungo⁷⁸, senza peraltro arrivare a poter evidenziare una linea interpretativa, se non uniforme, quantomeno prevalente; anche nelle decisioni cronologicamente più recenti si ripropongono le medesime difformità che caratterizzavano le primissime pronunce intervenute sulla questione.

A tal proposito riporto emblematicamente due sentenze emanate nel 2008, a distanza quindi di 12 anni dalla promulgazione della legge di riforma in materia di reati sessuali.

Nella prima di esse, datata 8 maggio, la Cassazione ha confermato la configurabilità del reato di violenza sessuale in capo ad un uomo, medico dentista, che aveva introdotto nel cavo orale di una propria paziente del liquido seminale, falsamente presentato come farmaco; secondo le parole dei giudici di legittimità, “non c'è dubbio alcuno che l'elemento soggettivo del reato di cui all'articolo 609-bis c.p. consista nella coscienza e volontà di

⁷⁸ Senza pretesa di esaustività, e al solo scopo di evidenziare ulteriormente l'incertezza giurisprudenziale, si elencano qui di seguito, in ordine cronologico, alcune tra le principali sentenze in materia, suddivise per orientamento interpretativo.

Per una connotazione soggettivamente orientata della nozione atti sessuali: Cass., sez. III., 03 novembre 1999, n° 2941 (Carnevali); Cass., sez. III, 27 febbraio 2003, n° 18847 (De Feudis); Cass., sez. III, 18 novembre 2005, n° 44246 (Boselli); Cass., sez. III, 26 marzo 2007, n° 12425; Cass., sez. III, 06 giugno 2008, n° 26766.

Per una connotazione esclusivamente oggettiva della nozione di atti sessuali: Cass., sez. III, 04 luglio 2000, n° 7772 (Calò); Cass., sez. III, 15 giugno 2006, n° 33464 (Beretta); Cass., sez. III, 13 febbraio 2007, n° 25112 (Greco); Cass., sez. III, 11 luglio 2007, n° 35625 (Polifrone); Cass., sez. III, 17 giugno 2009, n° 39718

compiere un atto lesivo della libertà sessuale della persona e invasivo della sua sfera sessuale, senza il consenso della stessa (dolo generico). Irrilevante pertanto è il fine propostosi dal soggetto attivo che può essere diretto a soddisfare la sua concupiscenza, ma anche di altro genere (ludico o di umiliazione della vittima)”⁷⁹; pertanto, secondo la Suprema Corte, correttamente i giudici di merito nel caso di specie avevano qualificato la condotta dell'imputato come “atto sessuale”, pur in assenza di qualsiasi intento libidinoso dell'agente.

In altra sentenza (datata 5 giugno) i giudici della Cassazione, dopo aver nuovamente qualificato il concetto di atti sessuali come “riconducibile alla fusione delle precedenti nozioni di congiunzione carnale e atti di libidine”, hanno affermato, seppur in via incidentale, che per potersi configurare il reato di violenza sessuale “lo scopo libidinoso [...] deve comunque sussistere”⁸⁰.

Come si può vedere, in poco meno di un mese l'intento dell'agente è passato dall'essere irrilevante ai fini della qualificazione giuridica della condotta al costituire un requisito necessario della fattispecie.

Come appare evidente da questa breve disamina, l'identificazione e la definizione del concetto di “atto sessuale” è operazione ardua, stante anche la

⁷⁹ Cass., sez. III, 08 maggio 2008, n° 28815

⁸⁰ Cass., sez. III, 05 giugno 2008, n° 27469

molteplicità di possibili situazioni e comportamenti che possono essere ricondotti alla sfera della sessualità.

La questione, dunque, rimane tuttora aperta, né si prospettano all’orizzonte possibili soluzioni interpretative idonee a delimitare una volta per tutte la soglia minima al di sotto della quale considerare penalmente irrilevanti condotte che, pur risultando sessualmente connotate, abbiano una capacità offensiva limitata e marginale.

Sarebbe auspicabile un intervento del legislatore in materia, quantomeno per fornire un’interpretazione autentica della nozione *de qua*.

Né andrebbe scartata la possibilità, da più parti invocata in dottrina, di introdurre una nuova fattispecie di reato, quella di molestie sessuali, in grado di ricomprendere tutte quelle condotte “di confine”, sessualmente connotate ma non pacificamente riconducibili al delitto previsto dall’articolo 609-bis: la creazione di una simile fattispecie (e la conseguente ridefinizione del contenuto e della portata della violenza sessuale) permetterebbe di superare molte delle questioni tuttora aperte e insolute, con indiscutibili vantaggi sul piano della certezza e della chiarezza del diritto.

4. SOGGETTI ATTIVI E PASSIVI

Prima di scendere nell'analisi dettagliata della fattispecie disciplinata dall'art. 609-bis è opportuno soffermarsi un momento sull'aspetto, assai delicato, relativo alla procedibilità dei delitti in esame.

Durante i lavori parlamentari si erano scontrate due distinte posizioni: da un lato chi sosteneva la necessità, per tutti i delitti di nuova introduzione, della procedibilità d'ufficio; dall'altro chi affermava che la tutela della libertà di autodeterminazione in ambito sessuale avrebbe dovuto essere garantita mediante la previsione della procedibilità a querela di parte.

La scelta finale operata dal legislatore del 1996 costituisce un *unicum* del nostro ordinamento. Dispone oggi l'art. 609-septies:

“I delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-ter e 609-quater sono punibili a querela della persona offesa.

Salvo quanto previsto dall'articolo 597, terzo comma, il termine per la proposizione della querela è di sei mesi.

La querela proposta è irrevocabile.

Si procede tuttavia d'ufficio:

1) se il fatto di cui all'articolo 609 bis è commesso nei confronti di persona che al momento del fatto non ha compiuto gli anni diciotto;

2) se il fatto è commesso dall'ascendente, dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia o che abbia con esso una relazione di convivenza;

3) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni;

4) se il fatto è connesso con un altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio;

5) se il fatto è commesso nell'ipotesi di cui all'articolo 609-quater, ultimo comma”.

Si è quindi optato per la regola generale della procedibilità a querela (si procederà d'ufficio solo nelle ipotesi ex art. 609-septies comma 4, alle quali vanno aggiunte quelle della violenza sessuale di gruppo e della corruzione di minorenne); una volta proposta, però, tale querela diventa irrevocabile ed il procedimento penale a carico del presunto aggressore sarà inevitabilmente avviato e portato a conclusione a prescindere dalla volontà della vittima.

Obiettivo dichiarato è quello di impedire che possa essere mercificato il diritto della persona offesa di richiedere o meno la sottoposizione a procedimento penale del proprio aggressore: molto spesso, infatti, le vittime di violenza sessuale erano tentate di ritirare la querela per evitare, oltre alla pubblicità che il procedimento può comportare, ritorsioni di qualsiasi natura

da parte dell'aggressore (o da soggetti a questo vicini) e non era infrequente che la rimessione della querela fosse subordinata alla dazione di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno.

Il termine per la proposizione della querela è di 6 mesi. Il legislatore ha voluto quindi derogare alla regola generale (l'art. 124 c.p. prevede un termine perentorio: “Salvo che la legge disponga altrimenti, il diritto di querela non può essere esercitato, decorsi tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce il reato”) così da permettere alla persona offesa dal delitto di violenza sessuale di “fruire di un più ampio periodo di riflessione prima di decidere se chiedere la punizione del proprio aggressore e, conseguentemente, di esporsi al peso di un procedimento penale, di pubblicizzare in qualche modo la proprio dolorosa vicenda e di rivivere, spesso a distanza di molti anni, in sede processuale i fatti di violenza”⁸¹.

“Per i reati di violenza sessuale, il termine per la proposizione della querela decorre dalla data in cui il querelante ha la piena cognizione di tutti gli elementi che consentono la valutazione dell'esistenza del reato”⁸².

Per proporre validamente querela non è richiesta alcuna formula sacramentale: deve semplicemente emergere, in forma esplicita o implicita, la volontà di chiedere la punizione del colpevole⁸³.

⁸¹ TOVANI S. - TRINCI A. (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 197.

⁸² Cass., sez. III, 01 febbraio 2006, n° 3943.

Il legislatore del 1996 ha previsto altresì che si operasse una deroga al principio generale di cui all'art. 126 c.p., secondo cui il diritto di querela si estingue con la morte della persona offesa: il rinvio alla disciplina dell'art. 597 c.p. consente infatti ai familiari della vittima che sia morta prima del decorso del termine per proporre la querela di esercitare in sua vece tale diritto (per loro il termine per la proposizione della querela non decorre dal giorno del compimento del fatto di violenza ma dal momento in cui abbiano ricevuto notizia del fatto, anche ove tale notizia venga appresa in epoca successiva alla morte della persona offesa).

Un'altra innovazione significativa, per questa materia, la ritroviamo all'art. 16 della legge 15 febbraio, n. 66: l'imputato per alcuni delitti di violenza sessuale può essere sottoposto ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili “qualora le modalità del fatto possano prospettare un rischio di trasmissione delle patologie medesime”⁸⁴. Accertamenti che devono essere effettuati, per espressa previsione normativa, nella forma della perizia⁸⁵.

⁸³ COSTANZO, A., *I reati contro la libertà sessuale*, Milano, Wolters Kluwer, 2008, p. 118.

⁸⁴ L'art. 16 l. n. 66/1996 recita: “L'imputato per i delitti di cui agli articoli 609-bis secondo comma, 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale è sottoposto, con le forme della perizia, ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili, qualora le modalità del fatto possano prospettare un rischio di trasmissione delle patologie medesime”.

⁸⁵ Sul punto vedi LEO, G., *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della banca dati nazionale del DNA*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, pp. 931 ss.

“Scopo della previsione è ovviamente duplice: da un lato tranquillizzare coloro che, dopo aver subito uno di questi gravi delitti, si trovino a temere di aver contratto il virus dell’HIV; dall’altro lato quello di consentire a coloro che ne siano stati contagiati di poter meglio contrastare lo sviluppo della malattia, ricorrendo senza ritardo alle cure mediche”⁸⁶.

Ora, un primo problema concernente la disposizione in esame riguarda la sua sostanziale indeterminatezza. La formula “qualora le modalità del fatto possano prospettare un rischio di trasmissione delle patologie medesime” si caratterizza per un’ampiezza tale da poter difficilmente tracciare una linea di confine, soprattutto se si considera che nel catalogo delle patologie a cui si fa riferimento non vi è soltanto l’AIDS ma anche tutte le altre malattie sessualmente trasmissibili (come, ad esempio, la sifilide o la blenorragia).

Sembra pacifico che debbano ritenersi modalità idonee (a prospettare un rischio di trasmissione delle patologie) tutte quelle che si concretizzano con lo scambio di fluidi corporei (vengono quindi escluse ipotesi di violenza sessuale perpetrate mediante palpeggiamenti o toccamenti). Per quanto concerne, poi, i soggetti, potrà essere sottoposto a detto trattamento soltanto l’imputato e non anche l’indagato.

In realtà, il profilo di maggior criticità della nuova disciplina emerge se la si guarda attraverso lenti costituzionali. Trattandosi infatti di TSO (trattamento

⁸⁶ TOVANI S. - TRINCI A. (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale*, cit., p. 738.

sanitario obbligatorio), la norma deve essere verificata nella sua compatibilità con l'art. 32 Cost., considerando in particolar modo che, in base all'art. 5 della l. 135 del 1990 ("Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS"), "Nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse. Sono consentite analisi di accertamento di infezione da HIV, nell'ambito di programmi epidemiologici, soltanto quando i campioni da analizzare siano stati resi anonimi con assoluta impossibilità di pervenire alla identificazione delle persone interessate". "La comunicazione di risultati di accertamenti diagnostici diretti o indiretti per infezione da HIV può essere data esclusivamente alla persona cui tali esami sono riferiti".

In realtà, sul punto è intervenuta anche la Corte Costituzionale⁸⁷ che ha dichiarato illegittima tale norma nella parte in cui non prevedeva accertamenti sanitari tesi alla verifica dell'assenza di sieropositività all'infezione da Hiv, per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute di terzi. Ed allora, "legando tale significativa pronuncia che consente trattamenti sanitari nel quadro dell'art. 32 della Costituzione alla circostanza che l'accertamento *de quo* è disposto nelle forme della perizia, dunque, attraverso i normali mezzi propri

⁸⁷ C. Costituzionale, 2 giugno 1994, n° 218.

della garanzia giurisdizionale, sembra confermata la legittimità costituzionale dell'art. 16 l. n. 66 del 1996”⁸⁸.

Ora, è evidente che la previsione di cui all'art. 16 della l. 66/1996 è ampiamente derogatoria dei principi appena richiamati, soprattutto se si considera il fatto che rappresenta l'unica ipotesi nel nostro ordinamento di trattamento sanitario obbligatorio la cui specifica finalità non risiede nella cura della persona che a tale trattamento è sottoposto.

Sembra, comunque, che la scelta del legislatore del 1996, di sacrificare il diritto dell'imputato alla riservatezza del proprio stato di salute a vantaggio dell'interesse della persona offesa, vittima di violenza sessuale, per evitare il rischio di contagio, sia da salutare con favore.

Tuttavia, “un equo contemperamento delle opposte esigenze in gioco – in grado, cioè, di rispettare lo spirito della riforma, tutta tesa a salvaguardare in modo peculiare la vittima, bilanciandovi le opposte ragioni di cautela costituzionale, derivanti anche dai diritti della difesa – sarebbe stato, forse, ottenibile rendendo possibile l'accertamento di cui all'art. 16 l. cit. solo in presenza di una richiesta della parte offesa”⁸⁹.

⁸⁸ ROMANO, B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., p. 375.

⁸⁹ ROMANO, B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., p. 376. Analogamente GALANTINI – VIRGILIO, *Commento all'art. 16 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., 961.

Si discute se gli esiti e i risultati di tali accertamenti possano essere utilizzati come prova del fatto in un eventuale giudizio civile o amministrativo. Sembra doversi propendere per la risposta affermativa.

Resta infine da menzionare un ultimo profilo, questa volta processuale. Dispone l'art. 15 della l. 66/1996:

“All'articolo 472 del codice di procedura penale, dopo il comma 3 è inserito il seguente (3-bis): ‘Il dibattimento relativo ai delitti previsti dagli articoli 600-bis, secondo comma, 609-bis, 609-ter e 609-octies del codice penale si svolge a porte aperte; tuttavia, la persona offesa può chiedere che si proceda a porte chiuse anche solo per una parte di esso. Si procede sempre a porte chiuse quando la parte offesa è minorenni. In tali procedimenti non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto’ “.

Passiamo ora ai soggetti attivi e passivi del nostro delitto.

Il comma 1° dell'articolo 609-bis, come visto, prevede la punibilità della condotta di “chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali”. Prosegue la norma al comma successivo: “Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:

1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;

2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona”.

Il soggetto attivo, nella fattispecie in esame, è “chiunque”; trattasi, quindi, di reato comune (questo è vero per la violenza sessuale compiuta mediante violenza o minaccia; nella sottofattispecie della violenza sessuale posta in essere mediante abuso di autorità, al contrario, si è in presenza di un reato proprio, qualificabile come tale in virtù della peculiare posizione rivestita dal soggetto attivo).

Soggetto passivo non può che essere un essere umano vivente. La commissione di atti sessuali su cadavere (cosiddetta “necrofilia”) esula dalla previsione di cui all’articolo 609-bis e configura il diverso delitto di vilipendio di cadavere, previsto dall’articolo 410 c.p..

Nessuna particolare restrizione, né di sesso né di altra natura, è posta dal legislatore in ordine all’individuazione del possibile soggetto passivo del reato di violenza sessuale per costrizione mediante violenza o minaccia; è pacifico sia in dottrina sia in giurisprudenza che possa trattarsi anche di persona dello stesso sesso del soggetto attivo.

Per quanto riguarda la violenza sessuale consumata nei confronti del coniuge, sono da ritenere oramai da tempo superate e non più attuali le questioni relative al c.d. “debito coniugale” (si parlava di un “diritto alla congiunzione carnale”, il cui fondamento normativo veniva rinvenuto negli

obblighi di fedeltà e di assistenza morale e materiale previsti dall'articolo 143 c.c.). Tale orientamento non era più sostenibile già da prima della riforma del 1996, poiché trascurava completamente il rispetto dovuto alla dignità della persona: è inaccettabile pensare che il rapporto matrimoniale possa degradare un coniuge ad oggetto di possesso dell'altro coniuge⁹⁰.

Non esiste, per riprendere una formula della Suprema Corte, una “quantità di violenza sessuale tollerabile tra coniugi e non pure tra estranei; [...] il concetto di violenza sessuale è unitario, non suscettibile di connotazioni differenti a seconda del tipo di legame intercorrente tra i soggetti coinvolti”⁹¹.

Altrettanto indubbia è la configurabilità del reato di violenza sessuale compiuto ai danni di persona dedita all'attività di prostituzione. Il bene giuridico protetto dall'art. 609-bis è un bene che appartiene indiscutibilmente ad ogni persona, “indipendentemente dal suo status sociale, dalla sua professione, dalle sue abitudini in campo sessuale”⁹².

La Corte di Cassazione si è espressa più volte sull'argomento. In una (relativamente) recente sentenza⁹³, che ha ottenuto un notevole risalto mediatico, la Cassazione ha ritenuto addirittura integrata la fattispecie di cui

⁹⁰ In questo senso: Cass., sez. III, 16 febbraio 1976, n° 12855, in *Cass. Pen.*, 1978, p. 72

⁹¹ Cass., sez. III, 26 marzo 2003, n° 14789

⁹² Cass., sez. III, 26 marzo 2003, n° 14789

⁹³ Cass., sez. III, 17 dicembre 2009, n° 8286

all'articolo 609-bis nei confronti di chi, dopo aver consumato un rapporto sessuale con una prostituta, si rifiuti di versarle il corrispettivo pattuito.

5. LA VIOLENZA SESSUALE PER COSTRIZIONE

Il primo comma dell'articolo 609-bis delinea la fattispecie della violenza sessuale compiuta con costrizione, attraverso l'utilizzo di mezzi coercitivi tassativamente elencati, ovvero la violenza, la minaccia e l'abuso di autorità (trattasi, formalmente, di reato a forma vincolata).

Pur se non richiamato esplicitamente nella norma, elemento costitutivo della fattispecie *de qua* è il dissenso del soggetto passivo, ossia “il dissenso della vittima all'interrelazione sessuale imposta dal soggetto attivo”⁹⁴; il reato di violenza sessuale è riconducibile al novero di quei reati (quali ad esempio la violazione di domicilio *ex art.* 614 c.p.) nei quali il consenso dell'avente diritto non opera come causa di giustificazione *ex articolo* 50 c.p., bensì esclude la stessa tipicità del fatto: “il consenso al rapporto sessuale, effettivo o supposto, non integrerebbe la causa di non punibilità di cui all'articolo 50 c.p., non essendo concepibile una violenza autorizzata, ma, più radicalmente, escluderebbe la configurabilità stessa del reato”⁹⁵.

Si ha quindi costrizione quando l'atto sessuale viene compiuto contro la volontà di chi lo subisce, con delle particolarità modalità puntualmente

⁹⁴ PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, in *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., p. 60.

⁹⁵ Cass., sez. III, 15 dicembre 1999, n° 13070; similmente riafferma l'appartenenza del dissenso della persona offesa agli elementi costitutivi del reato Cass., sez. III, 24 febbraio 2004, n° 25727.

individuare dal legislatore. In realtà, come diremo meglio più avanti, siamo in presenza di un “reato senza alcun vincolo di natura modale, in quanto l’elemento della violenza è talmente spiritualizzato da non limitare in alcun modo l’area del penalmente rilevante”⁹⁶.

Come è facilmente intuibile, l’accertamento del dissenso della persona offesa costituisce uno dei punti più delicati nella ricostruzione di molte vicende relative ai reati sessuali, stante le molteplici possibilità di estrinsecazione di tale elemento⁹⁷.

Un primo punto fermo consiste in ciò, che “il consenso deve perdurare nel corso dell’intero rapporto senza soluzione di continuità, con la conseguenza che integra il reato di cui all’art. 609-bis la prosecuzione di un rapporto nel caso in cui il consenso originariamente prestato venga meno in itinere a seguito di un ripensamento o della non condivisione delle forme o modalità di consumazione dell’amplesso”⁹⁸.

⁹⁶ PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, in *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., p. 60.

⁹⁷ Sottolinea questo aspetto COSTANZO, *I reati contro la libertà sessuale*, UTET giuridica, Torino, 2008, p.43

⁹⁸ Cass., sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727. Nello stesso senso Cass., sez. III, 01 ottobre 2012, n° 37916 e Cass., sez. III, 10 maggio 1996, n. 6241, secondo la quale: “Nel comportamento di chi, contro la volontà della donna, consuma il rapporto sessuale eiaculando in vagina, sono da individuare gli estremi oggettivi della violenza carnale. Questa ricorre infatti non solo quando *ab origine* il rapporto sessuale è dovuto a violenza, ma anche quando la congiunzione carnale è consensuale, ma in itinere si trasforma in atto violento in quanto l’autore del fatto, per meglio soddisfare la sua concupiscenza, superando le resistenze della vittima, consuma il rapporto sessuale in forme o modalità non volute dalla vittima”.

La interrelazione sessuale deve quindi svolgersi entro i limiti del consenso originariamente prestato, nelle forme e secondo le modalità volute dalle parti, le quali possono revocare il proprio consenso in qualsiasi momento e per qualsivoglia ragione.

Per orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, ai fini della configurabilità del reato di cui all'articolo 609-bis non rileva unicamente la presenza di un dissenso espresso, bastando una volontà contraria tacita o implicita, purché conosciuta dall'agente.

Il dissenso del soggetto passivo al compimento dell'atto sessuale costituisce un elemento necessario, ma non sufficiente ad integrare la fattispecie di cui all'articolo 609-bis 1° comma c.p.; perché sussistano gli estremi di tale delitto, occorre che l'agente superi l'opposizione della vittima attraverso l'utilizzo di uno dei mezzi coercitivi tassativamente elencati dalla norma, ovvero la violenza, la minaccia o l'abuso di autorità. Questi mezzi di costrizione, con cui l'autore del reato coarta la volontà della parte offesa, sono da intendersi alternativi, nel senso che possono essere attuati congiuntamente o disgiuntamente, rimanendo comunque unico il reato.

La scelta del legislatore del 1996 di ricalcare l'impianto originario del codice Rocco (con l'aggiunta di una "fattispecie dai contorni molto indefiniti

quale è la violenza sessuale mediante abuso di autorità”⁹⁹), retaggio di una concezione oramai arcaica della sessualità (basata sulla cosiddetta “*vis grata puellae*”, cioè sull’idea che nei rapporti sessuali una iniziale e modica quantità di coazione esercitata dall’uomo sarebbe stata necessaria a superare l’iniziale opposizione della donna, dovuta non ad un’effettiva mancanza di consenso bensì ad una “naturale ritrosia femminile”), piuttosto che mutare la struttura del fatto tipico e prevedere una fattispecie di violenza sessuale fondata sul dissenso ovvero sulla mancanza del consenso della parte offesa (senza la necessità che tale dissenso venga superato attraverso un’aggressione “qualificata”, connotata cioè dall’utilizzo di violenze o minacce) ha suscitato non pochi dubbi in dottrina¹⁰⁰. Numerosi peraltro furono i progetti e disegni di legge presentati in tal senso negli anni immediatamente precedenti la riforma¹⁰¹. Si trattava poi, ancora una volta, di prendere semplicemente atto di quello che già era il diritto vivente: in giurisprudenza, nelle aule dei tribunali, si

⁹⁹ PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, in *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., p. 63.

¹⁰⁰ *Ex multis* MUSACCHIO, V., *La nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Riv. Pen.* 1997, p. 259; RICCI-VENDITTO-BASSI, *Violenza sessuale e risposta istituzionale. Considerazioni critiche sulla nuova normativa penale in materia*, in *Giust. Pen.*, 1996, p. 368.

¹⁰¹ Tale impostazione era prevista ad esempio dal progetto di legge numero 393 del 1993, che prevedeva la punibilità di chi compisse su taluno, o lo inducesse a compiere, atti sessuali “contro o senza il suo consenso”. Ancora, secondo il progetto di riforma del codice penale risalente al 1992 (commissione Pagliaro), integrava gli estremi del reato di stupro la condotta di chi “contro la volontà di una persona” si fosse congiunto sessualmente con essa, o avesse compiuto atti di identico significato offensivo, mentre l’eventuale ricorso dell’agente a violenza o minacce avrebbe rilevato solo come circostanza aggravante del delitto.

era oramai da tempo giunti, mediante una interpretazione particolarmente estensiva del concetto di violenza, a dare rilievo unicamente al dissenso del soggetto passivo come elemento costitutivo del reato di violenza sessuale; insomma, una vera e propria *interpretatio abrogans* del requisito della violenza presente nei vecchi artt. 519 e 521, mediante la quale si era giunti alla creazione giurisprudenziale del delitto di “atti sessuali non consensuali”¹⁰². DEL CORSO ha giustificato l’opzione legislativa in base all’assunto che sarebbe “inutile affannarsi nel richiedere di espellere dal diritto penale sessuale i tradizionali requisiti di fattispecie della violenza o della minaccia: questa espulsione in realtà c’è già stata da tempo a livello prasseologico e non sembra davvero meritevole di essere razionalizzata”¹⁰³. In realtà ci sono altre variabili da considerare. Prima fra tutte il divieto di analogia in *malam partem* il quale, come noto, impedisce di estendere la portata incriminatrice di una legge penale a casi non rientranti nella previsione letterale della stessa, sebbene accomunati dalla medesima *ratio* di tutela. Inoltre, la presenza di una pur consolidata giurisprudenza orientata verso un’interpretazione ampia del concetto di violenza non esclude la possibilità di letture restrittive della norma, più aderenti alla previsione letterale della stessa, e in grado di rievocare in capo alla vittima un onere di resistenza, una necessaria opposizione attiva alla

¹⁰² L’espressione è di COSTANZO, *I reati contro la libertà sessuale*, Torino, UTET giuridica, 2008, p. 36.

¹⁰³ DEL CORSO, *Commento all’articolo 3 l. 15/02/1996 n° 66*, in *Leg. Pen.*, 1996, p. 433.

violenza, in carenza della quale la semplice espressione di dissenso rimarrebbe penalmente irrilevante. Sebbene isolate, anche in tempi recenti non sono mancate pronunce in questa direzione¹⁰⁴.

Alla luce di queste considerazioni, ben si comprende quanto sarebbe stato opportuno un intervento del Parlamento in materia, volto a valorizzare in via esclusiva il requisito del dissenso del soggetto passivo, così da garantire la più ampia tutela della libertà di autodeterminazione degli individui nella propria corporeità sessuale, senza necessità di ricorrere a pericolose forzature giurisprudenziali del dato normativo.

“La paura del nuovo ha tarpato le ali ad una soluzione legislativa all’insegna della più ampia tutela della libertà sessuale”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Particolarmente nota in questo senso è la pronuncia della Cassazione balzata agli onori della cronaca come la “sentenza dei jeans”: Cass., sez. III, 06 novembre 1998, n° 1636.

¹⁰⁵ PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, in *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., 2006, p. 63.

5.1 LA COSTRIZIONE MEDIANTE VIOLENZA

Il codice penale prevede la violenza come elemento costitutivo di molteplici figure di reato. La violenza può essere esercitata contro esseri umani o su oggetti. Secondo l'espressa previsione dell'articolo 392 c.p., si ha "violenza sulle cose" agli effetti della legge penale quando la condotta dell'agente danneggi, trasformi o muti di destinazione l'oggetto in questione; non esiste, invece, una definizione legale del concetto di "violenza personale", ovvero di violenza compiuta su esseri umani.

La dottrina maggioritaria ritiene che per violenza personale debba intendersi l'esplicazione di un'energia fisica, di qualsiasi intensità, purché atta a vincere la resistenza del soggetto passivo¹⁰⁶. Secondo questa interpretazione, la violenza andrebbe pertanto intesa unicamente come estrinsecazione di un'azione corporea, sicché ogni forma di coartazione morale e psicologica andrebbe invece eventualmente ricondotta al concetto di minaccia, alternativamente previsto come modalità di coazione dall'articolo 609-bis.

In realtà, come già anticipato, la nozione di violenza, nell'ambito dei reati sessuali, sia prima che dopo la riforma, è stata fortemente spiritualizzata dalla

¹⁰⁶ Cfr. sul punto *ex multis* MUSACCHIO, V., *La nuova legge sulla violenza sessuale*, in Riv. Pen., 1997, p. 262.

giurisprudenza ed ha assunto nel diritto vivente una dimensione “ipertrofica”¹⁰⁷, finendo per ricomprendervi anche azioni prive di una vera e propria componente di costrizione fisica, purché la condotta posta in essere dall’agente risulti in grado di coartare e superare la (contraria) volontà del soggetto passivo.

In applicazione di tale criterio interpretativo estensivo, la Suprema Corte ha negato ad esempio che potesse costituire una prova decisiva, al fine dell’esclusione dell’utilizzo di violenza nei confronti della vittima, la mancata presenza sul corpo di questa di segni di coazione fisica, quali ecchimosi, contusioni, escoriazioni *et similia*, sottolineando come “la coazione non debba necessariamente tradursi in atti di violenza fisica, potendo anche limitarsi a quelli di intimidazione psicologica”¹⁰⁸.

Non è richiesta la sussistenza di una vera e propria “*vis atrox*”, bensì “è sufficiente una violenza idonea a vincere la concreta resistenza di chi ne è oggetto”, dovendo tale violenza “essere valutata nelle modalità e idoneità alla coartazione in relazione alle condizioni soggettive della vittima, ai rapporti che la legano all’agente, alla capacità di resistere da considerare in maniera relativa

¹⁰⁷ utilizza tale termine PADOVANI, in CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., p 428. La dimensione ipertrofica del delitto di violenza sessuale scaturisce proprio dalla onnicomprensività del concetto di violenza: è quest’ultimo che ha determinato “l’esplosione della fattispecie”.

¹⁰⁸ Cass., sez. III, 27 gennaio 2004, n° 6945.

con riguardo all'approfittamento di una situazione di difficoltà o di diminuita resistenza»¹⁰⁹.

La giurisprudenza di legittimità ha peraltro affermato l'impossibilità di pervenire ad una definizione univoca e assoluta di violenza, dovendosi al contrario "esaminare l'idoneità della condotta a coartare la volontà della vittima non secondo criteri astratti e aprioristici, ma tenendosi conto, in concreto, di ogni circostanza oggettiva e soggettiva"¹¹⁰. L'imputato, nel caso in esame, aveva convinto la vittima a salire sulla propria autovettura, con il pretesto di accompagnarla ad un colloquio di lavoro; successivamente aveva fermato il veicolo in un luogo isolato e non frequentato, e dopo aver chiuso le portiere con la sicura aveva immobilizzato la ragazza afferrandole i polsi, e aveva consumato con lei un rapporto sessuale. La ragazza decise di sporgere querela e il giudizio di primo grado (confermato poi dalla sentenza d'Appello) si concluse con una condanna dell'aggressore per violenza sessuale. Chiamata in causa la Corte di Cassazione (secondo il ricorrente, la condotta da egli posta in essere, consistente esclusivamente nella chiusura delle portiere dell'auto e nell'afferramento dei polsi della ragazza senza alcun ulteriore utilizzo di forza fisica, non sarebbe stata di intensità tale da poter coartare la volontà della parte offesa, venendo così a mancare un elemento costitutivo del reato),

¹⁰⁹ Cass., sez. III, 04 luglio 2000, n° 7772.

¹¹⁰ Cass., sez. III, 15 dicembre 1999, n° 13070.

questa respinse le doglianze del ricorrente ritenendo corretto l'operato dei giudici di merito, i quali avevano effettuato una valutazione non aprioristica e astratta della condotta dell'imputato, bensì concernente tutte le circostanze del caso concreto, rilevando come l'ora notturna e la località isolata prescelta dall'uomo, nonché la giovanissima età della ragazza (sedicenne al momento del fatto) avessero ridotto al minimo le possibilità di fuga e di difesa di questa, ponendola di conseguenza in una situazione di soggezione psicologica e di disagio.

“In un tale contesto, in cui la ragazza era già del tutto o quasi in balia del suo accompagnatore, non era necessario che la violenza fisica ultima fosse di intensità particolarmente rilevante, operando su un soggetto passivo già posto in condizioni, materiali e psicologiche, di minorata difesa; di tal che, correttamente i giudici di merito hanno ritenuto sufficienti ad annullare ogni resistenza della vittima al non desiderato amplesso (...) l'avvenuta chiusura con sicura delle portiere dell'auto e la stretta dei polsi della vittima”¹¹¹.

A supporto di questa affermazione, nella motivazione della sentenza i giudici di legittimità hanno ritenuto opportuno ribadire “un principio consolidato nella giurisprudenza, (...) a termine del quale non è necessario che la violenza, fisica o morale, si protraggano fino al momento del rapporto e durante lo stesso, né occorre una totale eliminazione della capacità di

¹¹¹ *Ibidem*.

resistenza del soggetto passivo, essendo invece sufficiente la coartazione della volontà dello stesso (...) e la sussistenza di un rapporto di causalità tra tale stato della vittima e la violenza o minaccia a tal fine posta in essere dall'agente, ancorché in un momento anteriore al congiungimento carnale”¹¹².

Insomma, secondo la giurisprudenza si ha violenza nel momento in cui si coarta la volontà altrui: ciò che assume rilievo è l'effetto di costrizione prodotto mentre è indifferente il mezzo concretamente adottato. E così vengono ricomprese nella ampia nozione giurisprudenziale di violenza comportamenti che, secondo il comune sentire, tutto sono tranne che violenti. Caso paradigmatico è il compimento di atti sessuali c.d. “a sorpresa”, consistenti in toccamenti e palpeggiamenti di zone erogene effettuati dall'agente in maniera repentina o furtiva, così da non lasciare il tempo alla vittima di poter esprimere il proprio (probabile) dissenso.

“È proprio l'elemento sorpresa che nelle azioni così come descritte attribuisce alle stesse il carattere della violenza, per essere state compiute con modalità tali da vanificare, prevenendola, ogni possibile resistenza della vittima”¹¹³.

Anzi, “la repentinità insidiosa viene scelta – nella sicura convinzione che il consenso non vi sarebbe e che l'opposizione e la resistenza non

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Cass., sez. III, 30 marzo 2000, n° 1405.

mancherebbero se fossero rese possibili – proprio per sorprendere la vittima e vanificarne ogni possibilità di reazione”¹¹⁴.

In dottrina non manca però chi critica tale orientamento. “Come si fa a coartare l’altrui volontà se questa non si è ancora formata? O si ragiona in termini di dissenso presunto (la qual cosa è una vera forzatura) oppure non siamo in presenza di una fattispecie caratterizzata dalla costrizione”¹¹⁵. Ed effettivamente anche la comparazione con paesi vicini a noi conferma queste perplessità. “La comparazione sincronica del formante legale ci insegna che per rendere penalmente rilevanti gli atti sessuali connotati dalla repentinità è necessario che vi sia una specifica previsione in tal senso o che la fattispecie sia incentrata sulla mancanza del consenso”¹¹⁶. In Francia, ad esempio, “costituisce aggressione sessuale ogni attentato sessuale commesso con violenza, costrizione, minaccia o sorpresa”¹¹⁷.

Certo è che questo orientamento permette di realizzare una più completa tutela del bene giuridico protetto, colmando una lacuna legislativa già presente nella previgente disciplina e perpetuatasi anche in seguito alla riforma del 1996, ed evitando che condotte indubbiamente lesive della libertà di

¹¹⁴ Cass., sez. III, 24 novembre 2000, n° 3990.

¹¹⁵ PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, in *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., p. 68

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 69

¹¹⁷ Code Pénal Français, Livre II, Titre II, Chapitre II, Section 3, Article 222-22: “*Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise*”

autodeterminazione della persona nella propria corporeità sessuale possano risultare penalmente irrilevanti. Ciò non toglie che questo si pone in contrasto con una regola fondamentale quale il divieto di interpretazioni analogiche *in malam partem* delle leggi penali.

Analoghe critiche sono riferite dalla stessa dottrina¹¹⁸ alla “violenza potenziale”, figura anche questa di creazione giurisprudenziale che si verifica quando il medico compie atti sessuali sul paziente, facendogli credere che essi siano necessari per la visita medica. “In realtà i toccamenti lascivi di tal fatta, in quanto posti in essere senza alcuna forma di violenza né fisica né psichica in danno del paziente inconsapevole dell’abuso sessuale in atto, non attengono alla violenza bensì all’inganno”¹¹⁹. La stessa dottrina propone di inquadrare gli atti sessuali di cui sopra nell’orbita della violenza sessuale mediante abuso di autorità, in considerazione del fatto che vi sarebbe “una sorta di costrizione ambientale, nell’ambito della quale la vittima cede al medico per una forma di soggezione psicologica non necessariamente collegata a concreti timori”¹²⁰.

Ciononostante, la giurisprudenza continua a considerare tali atti connotati dalla violenza; come è stato acutamente osservato a tal proposito, “il diritto vivente ha trasformato un reato a forma vincolata in un reato senza alcun

¹¹⁸ ma anche dal MANTOVANI in *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, CEDAM, 1998

¹¹⁹ In tal senso CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 96 s.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 96 s.

vincolo di natura modale”¹²¹. Inoltre, se quello che conta è solo l’effetto di costrizione, allora non avrebbe alcun senso distinguere, come invece ha fatto il legislatore, fra i vari mezzi di costrizione indicati nel comma 1 dell’articolo in esame. “Né, peraltro, la violenza sarebbe distinguibile dalla minaccia o dall’abuso di autorità”¹²². Il principio di legalità sembrerebbe dunque imporre una ulteriore riforma del primo comma dell’art. 609-bis.

Non sono mancate nella giurisprudenza di legittimità pronunce, seppur isolate, in controtendenza rispetto a questo orientamento interpretativo estensivo della nozione di violenza, e in grado di far riemergere in capo alla vittima un vero e proprio “onere di resistenza”, in carenza del quale non sarebbe possibile ravvisare gli estremi del reato di violenza sessuale.

Paradigmatica in questo senso la pronuncia della Suprema Corte nota alle cronache come la “sentenza dei jeans”¹²³. Imputato era un istruttore di guida, querelato da una propria allieva per violenza carnale (i fatti erano avvenuti nel 1992). Secondo la ricostruzione dei fatti compiuta dalla ragazza, l’uomo, durante una lezione di guida impartitale, l’aveva con un pretesto condotta in una strada appartata, e dopo averla fatta uscire dalla autovettura e trascinata a

¹²¹ PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, in *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., p. 70.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Cass., sez. III, 06 novembre 1998, n° 1636.

terra, aveva sfilato da una gamba i jeans da lei indossati e le aveva usato violenza.

Secondo la versione fornita dall'imputato, al contrario, l'amplesso sarebbe stato consumato in modo pienamente consensuale, e la ragazza si sarebbe risolta a denunciare il fatto solo per giustificare al proprio fidanzato la perdita della verginità.

In primo grado venne pronunciata sentenza di assoluzione. Di diverso avviso furono i giudici d'Appello: la Corte d'Appello di Potenza, in parziale accoglimento del ricorso presentato dal Pubblico Ministero, condannò l'imputato per i reati di violenza carnale e lesioni personali.

Avverso a tale statuizione l'imputato aveva proposto ricorso per Cassazione, deducendo un vizio di motivazione nella pronuncia di secondo grado, giacché la Corte d'Appello avrebbe affermato la di lui responsabilità con argomentazioni non coerenti con le risultanze processuali; il ricorso è stato accolto dalla Suprema Corte, che ha pertanto annullato con rinvio la sentenza impugnata, ritenendola affetta da motivazione carente e illogica.

Come noto, uno dei punti più controversi di questa decisione della Cassazione ha riguardato l'affermazione compiuta dai giudici di legittimità secondo la quale "è un dato di comune esperienza che è quasi impossibile sfilare anche in parte i jeans ad una persona senza la sua fattiva collaborazione, poiché trattasi di un'operazione che è già assai difficoltosa per chi li

indossa”¹²⁴. Si doveva pertanto desumere la presenza di un consenso della ragazza al rapporto sessuale, visto lo stato di parziale denudamento in cui la suddetta versava durante il compimento dell’amplesso.

È superfluo ricordare lo scalpore destato da tale asserzione, nonché le polemiche che ne conseguirono, e che indussero la Suprema Corte in più occasioni successive a ritornare sui propri passi. Come sottolineato efficacemente in dottrina¹²⁵, però, il vero *punctum dolens* della “sentenza dei jeans” non riguarda tanto l’infelice “massima di esperienza” elaborata dai giudici di legittimità in relazione all’abbigliamento indossato dalla vittima; asserzione questa, come detto, prontamente rinnegata dalla stessa Suprema Corte, e che in ogni caso non ha rivestito un ruolo essenziale nell’impianto motivazionale della pronuncia *de qua*.

Assai più rilevante appare invece l’affermazione compiuta dalla Cassazione nella medesima sentenza in relazione al mancato riscontro di segni di colluttazione o di violenza sul corpo della ragazza. “È istintivo, soprattutto per una giovane, opporsi con tutte le sue forze a chi vuole violentarla, ed è illogico affermare che una ragazza possa subire supinamente uno stupro, che è una grave violenza alla persona, nel timore di patire altre ipotetiche e non certo più

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Per un parere alquanto significativo sull’argomento cfr. FIANDACA, *Violenza su donna “in jeans” e pregiudizi nell’accertamento giudiziario*, in *Foro It.*, 1999, p. 163.

gravi offese alla propria incolumità fisica”¹²⁶. Con tale affermazione, come rilevato da più autori in dottrina¹²⁷, la Cassazione sembra recuperare stereotipi che erano stati ormai superati dall’orientamento giurisprudenziale prevalente, finendo col riaccollare sul soggetto passivo un onere di resistenza da tradursi necessariamente in un’energica opposizione all’aggressione, in mancanza della quale la condotta dell’agente, pur in presenza di un indiscutibile dissenso della vittima al compimento dell’atto sessuale, andrebbe considerata penalmente irrilevante.

La sentenza in questione ha contribuito a rianimare il dibattito sull’opportunità di espungere dalla previsione normativa di cui all’articolo 609-bis il requisito dell’utilizzo di mezzi coercitivi ai fini della configurabilità del reato *de quo*, nel timore che si potessero replicare interpretazioni particolarmente restrittive della nozione di violenza come quella testé riportata.

Va comunque detto in proposito che la posizione assunta dalla Cassazione nella suesposta sentenza del 1999 è rimasta isolata, non rinvenendosi nella giurisprudenza successiva ulteriori pronunce aderenti a tale orientamento interpretativo.

¹²⁶ Cass., sez. III, 06 novembre 1998, n° 1636.

¹²⁷ Parlano apertamente di un “ritorno al passato” in materia di reati sessuali: FIANDACA, *Violenza su donna “in jeans” e pregiudizi nell’accertamento giudiziario*, in *Foro It.*, 1999, p. 168; CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., p. 503.

5.1 LA COSTRIZIONE MEDIANTE MINACCIA

L'articolo 609-bis prevede ai fini della configurabilità del reato l'utilizzo della minaccia come mezzo coercitivo alternativo alla violenza e all'abuso di autorità; come nel caso della violenza, tale modalità di costrizione era già contemplata dagli abrogati articoli 519 e 521 c.p.

La minaccia, consistente nella prospettazione di un male futuro la cui verifica dipende dal minacciante, deve essere tale da costringere la parte offesa a compiere o subire atti sessuali; la condotta minacciosa deve ingenerare un reale timore nella persona offesa, tenendo in considerazione le caratteristiche psichiche di questa, nonché tutte le circostanze di tempo e di luogo in cui l'azione si è concretamente verificata.

Nei repertori giurisprudenziali le ipotesi di violenza sessuale mediante minaccia sono piuttosto rare; questo non può sorprendere, se si tiene conto di alcuni fattori.

Innanzitutto, l'interpretazione (spesso oltremodo) estensiva del concetto di violenza, ad opera di risalente e costante giurisprudenza (sul punto vedi sopra), ha finito per ricomprendere in tale nozione buona parte delle condotte connotate dall'esplicazione di *vis* di tipo psichico che prima si facevano rientrare nell'area di competenza della minaccia.

In altri termini, i confini tra i due requisiti alternativi della violenza e della minaccia sono andati progressivamente sfumando, erodendo sempre più l'ambito di applicazione di quest'ultima.

Altro dato, questa volta empirico: la maggioranza delle aggressioni a sfondo sessuale è connotata dall'impiego di violenza, mentre più rari sono gli episodi in cui la volontà della parte offesa viene coartata esclusivamente mediante la prospettazione di un danno futuro. Piuttosto, spesso e volentieri la minaccia torna protagonista in un momento successivo alla consumazione del reato, come deterrente volto a dissuadere la vittima dal denunciare l'avvenuta violenza.

Infine, ipotesi che prima venivano sussunte un po' forzatamente nella minaccia o nella violenza implicita, oggi (a seguito della riforma del 1996) sono punibili a titolo di violenza sessuale mediante abuso di autorità.

È sicuramente utile, per meglio inquadrare la fattispecie e per fare luce sulle caratteristiche concernenti i requisiti minimi della minaccia nel contesto dei reati sessuali, analizzare alcune pronunce della Suprema Corte sul tema.

Come detto, la giurisprudenza sul punto è estremamente scarna. Senza andare troppo indietro nel tempo, la Corte ha ritenuto sussistente, ai fini della configurabilità del reato di cui all'articolo 609-bis, l'elemento della coazione nella condotta di un uomo, il quale aveva minacciato di inviare ai parenti della

propria ex fidanzata delle foto ritraenti la donna in pose erotiche, qualora la suddetta si fosse rifiutata di consumare con lui un rapporto sessuale¹²⁸.

Una vicenda simile si è ripetuta nel 2006¹²⁹: in questo caso alla vittima, di professione insegnante, era stata inviata una lettera nella quale le veniva ordinato di realizzare un filmato che la ritraesse durante il compimento di atti autoerotici, con la contestuale minaccia, qualora la donna non avesse ottemperato a tale richiesta, di realizzare un fotomontaggio a sfondo pornografico avente le sue fattezze, da inviarsi in seguito ai genitori dei suoi alunni. L'imputato, condannato sia in primo che in secondo grado, ricorre in Cassazione lamentando, tra gli altri motivi, anche un'erronea applicazione della legge penale, nonché una manifesta illogicità di motivazione della sentenza impugnata, in ordine all'idoneità della condotta da egli tenuta a violare la libera autodeterminazione sessuale della persona offesa, giacché l'invio di una semplice missiva, pur prospettante un ingiusto danno, non sarebbe sufficiente a realizzare un'effettiva coartazione della volontà di un soggetto.

La Corte ha respinto il ricorso sul punto, affermando al contrario l'idoneità in astratto della condotta tenuta dall'imputato al raggiungimento dello scopo perseguito, dovendosi considerare "la pesantezza della minaccia prospettata,

¹²⁸ Cass., sez. III, 14 giugno 1994, n. 8453.

¹²⁹ Cass., sez. III, 23 maggio 2006, n° 34128.

tale da poter convincere la donna a sottostare al delittuoso disegno”¹³⁰; il reato pertanto non era giunto alla piena consumazione solo perché la vittima si era risolta a denunciare tempestivamente il fatto, e non perché la minaccia prospettata dall’agente fosse inidonea a coartare la volontà della parte offesa.

Particolarmente significativa in relazione alla nozione di minaccia rilevante *ex* articolo 609-bis c.p. è una sentenza emessa dalla Suprema Corte nel 2008¹³¹.

Secondo la ricostruzione della vicenda effettuata dai giudici di merito, l’imputato aveva in più occasioni costretto con minacce una donna a subire atti sessuali; l’uomo, in particolare, aveva minacciato la vittima di avviare nei suoi confronti una procedura di sfratto dall’appartamento che lo stesso le aveva concesso in locazione, qualora ella non avesse saldato i propri debiti attraverso le prestazioni sessuali richiestele.

Così i giudici della Suprema Corte nella motivazione di rigetto delle doglianze dell’imputato: “l’elemento oggettivo del reato di cui all’articolo 609-bis c.p. può consistere in qualsiasi intimidazione psicologica che si ponga quale mezzo di pressione morale sull’animo della vittima e sia in grado di provocare la coazione della stessa a subire gli atti sessuali. La “minaccia” può essere quindi integrata dalla prospettazione di un qualunque male che, in relazione alle circostanze che l’accompagnano, sia comunque tale da far

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Cass., sez. III, 11 giugno 2008, n° 37251

sorgere nella vittima il timore di un pregiudizio concreto”¹³². Costituisce minaccia rilevante ai nostri fini “anche la minaccia di esercitare un diritto (come l’esercizio di un’azione giudiziaria o esecutiva), quando essa sia finalizzata al conseguimento dell’ulteriore vantaggio di tipo sessuale, non giuridicamente tutelato: in ipotesi siffatte, (alle quali può ricondursi la vicenda in esame) la prospettazione di far valere un diritto viene strumentalizzata per ottenere un profitto ingiusto e *contra ius*”¹³³. Insomma, il fatto che il danno minacciato sia di per sé giuridicamente lecito non esclude la punibilità della condotta *ex art. 609-bis c.p.* quando questo venga prospettato all’unico scopo di coartare la volontà del soggetto passivo in ordine al compimento di un atto sessuale non desiderato, ledendone dunque la libertà di autodeterminazione nella propria sfera sessuale.

Ancora, in una sentenza del 2013 la Suprema Corte afferma che “l’elemento soggettivo del reato può consistere in qualsiasi intimidazione psicologica che si ponga quale mezzo di pressione morale sull’animo della vittima e sia in grado di provocare la coazione della stessa a subire gli atti sessuali, cosicché la minaccia può ritenersi integrata dalla prospettazione di un qualunque male che, in relazione alle circostanze che l’accompagnano, sia

¹³² *Ibidem.*

¹³³ *Ibidem.*

comunque tale da far sorgere nella vittima il timore di un pregiudizio concreto”¹³⁴.

Infine, per la Corte di Cassazione non ha rilevanza al fine della configurazione del delitto di violenza sessuale un’idoneità astratta della minaccia a coartare la volontà della vittima, ma bisogna fare riferimento al caso concreto¹³⁵.

¹³⁴ Cass., sez. III, 02 maggio 2013, n° 19033.

¹³⁵ Cfr sul punto ancora Cass., sez. III, 02 maggio 2013, n° 19033.

5.3 LA COSTRIZIONE MEDIANTE ABUSO DI AUTORITÀ

Una delle novità più importanti introdotte con la legge di riforma di metà anni novanta è sicuramente rappresentata dalla fattispecie di violenza sessuale commessa mediante abuso d'autorità, figura che non aveva trovato spazio nell'impianto originario del codice Rocco. Proprio in quanto figura fino a poco tempo fa sconosciuta all'ordinamento penale italiano e complice anche l'infelice formulazione del dato normativo ad opera del legislatore di fine millennio, la nuova fattispecie risulta essere probabilmente l'ipotesi criminosa con il maggior coefficiente di indeterminatezza e, di conseguenza, quella che presenta le maggiori difficoltà interpretative¹³⁶.

¹³⁶ C'è chi afferma che il delitto in questione “ritrovi una sua ascendenza diretta, sia pur non del tutto limpida, nell'illecito di cui all'abrogato art. 520 c.p.” - CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, CEDAM, Padova, 2006, p. 512; in realtà la fattispecie in esame, come è stato acutamente osservato, ha poco in comune con i suoi immediati precedenti storici, anche se è innegabile una parziale continuità, essendo la violenza mediante abuso d'autorità “molto più ampia ma, allo stesso tempo, più ristretta” – MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, CEDAM, 1998, p. 34; questo apparente ossimoro consegue dal fatto che la nuova fattispecie ha una sfera di operatività molto più ampia, sia sul versante oggettivo che su quello soggettivo ma, allo stesso tempo, più ristretta, in quanto l'abuso è, ora, elemento costitutivo della fattispecie. Infatti l'articolo 520 c.p. (ora abrogato) prevedeva come fattispecie autonoma di reato la condotta del pubblico ufficiale che, fuori dai casi previsti nell'articolo 519 c.p., si congiungesse carnalmente con una persona arrestata o detenuta, di cui avesse la custodia in ragione del suo ufficio, ovvero con persona a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente; a tale ipotesi si equiparava la condotta del pubblico ufficiale che fosse rivestito, per ragione del suo ufficio, di qualsiasi autorità su persone che si trovassero in una delle situazioni precedentemente elencate, comportanti uno stato di restrizione della libertà personale. Tale fattispecie si poneva come ipotesi criminosa sussidiaria rispetto a quella prevista dall'articolo 519 c.p., sicché, qualora fossero ricorsi tutti gli elementi costitutivi di quest'ultimo, il soggetto, pur rivestendo la qualifica di pubblico ufficiale, sarebbe stato

Dai lavori preparatori emerge chiaramente la volontà da parte del legislatore di voler tutelare la libertà personale del soggetto debole nell'ambito di rapporti interpersonali connotati da una forte posizione di supremazia di un altro soggetto, a cominciare quindi dai rapporti di lavoro e di famiglia¹³⁷.

Come troppo spesso accade però la *voluntas legis* non è stata compiutamente formulata in norme intelleggibili, tanto che autorevole dottrina ritiene tali ipotesi di “dubbia utilità, di incerta interpretazione, foriera anch'essa delle ormai croniche difformità giurisprudenziali”¹³⁸.

I maggiori problemi interpretativi, come è facilmente immaginabile, ruotano intorno al concetto di abuso d'autorità. E sul tema le speculazioni dottrinali si sprecano. Solo su un punto vi è concordanza: trattasi di rapporti

chiamato a rispondere del delitto di violenza carnale. Queste peculiarità trovavano la loro spiegazione nel bene giuridico tutelato dalla norma in questione, da rinvenirsi non nella libertà e inviolabilità sessuale della vittima, bensì nella correttezza del rapporto tra pubblico ufficiale e cittadino; un interesse pertanto di carattere prettamente pubblicistico, rispetto al quale la volontà anche favorevole del soggetto passivo alla consumazione del rapporto era da considerarsi irrilevante. Tale assetto è stato ritenuto dal legislatore del 1996 non conforme al nuovo bene giuridico protetto in materia di reati sessuali. Rispetto all'abrogato articolo 520 c.p. la nuova normativa ha dunque rimosso ogni specificazione circa il soggetto attivo e passivo del reato, limitandosi a prevedere che tra i due intercorra un rapporto di tipo autoritativo; l'eventuale stato di restrizione della libertà personale in cui versi la vittima costituisce invece circostanza aggravante del reato di violenza sessuale (in tutte le sue possibili modalità di consumazione) ai sensi dell'articolo 609-ter, n° 4. Inoltre è stata eliminata la presunzione di violenza ai danni della persona sottoposta all'autorità dell'agente, stabilendosi che la condotta di questi possa essere sanzionata solo quando connotata da costrizione (e quindi in presenza di un dissenso del soggetto passivo al compimento dell'atto sessuale) attuata mediante abuso di autorità).

¹³⁷ vedi sul punto MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, CEDAM, 1998, p. 34; CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., p. 513.

¹³⁸ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, CEDAM, 1998, p. 34.

interpersonali caratterizzati dalla posizione di supremazia di un soggetto “forte” nei confronti di un altro “debole”, nei quali il primo abusa della propria autorità per “costringere”¹³⁹ il secondo a compiere o subire atti sessuali. Il punto (cruciale) su cui invece la dottrina si trova divisa è quello riguardante la “fonte” dalla quale il soggetto attivo deve attingere la sua autorità. In altri termini, ci si chiede se è sufficiente una autorità di fatto sul soggetto passivo o se invece tale autorità debba avere una derivazione giuridica.

Ora, secondo la dottrina maggioritaria per autorità si intenderebbe sia l'autorità pubblica che quella privata, dovendosi dunque includere nella nozione *de qua* anche ogni rapporto in cui la condizione di subordinazione di una delle parti nei confronti dell'altra sia derivante da ragioni di affidamento, di assistenza, di educazione, di cura, di istruzione, di vigilanza *et similia*¹⁴⁰.

Alcuni autori¹⁴¹ rilevano come nella nuova normativa non sia stata riproposta alcuna specificazione del soggetto attivo del reato, così come invece era previsto nell'abrogato articolo 520 c.p.; in buona sostanza si cerca di individuare nella scelta operata del legislatore della riforma di eliminare

¹³⁹ “indurre” per il MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, CEDAM, 1998, p. 36.

¹⁴⁰ CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 507; MUSACCHIO, V., *La nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Riv. Pen.*, 1997, p. 263.

¹⁴¹ *Ex multis* v. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 508.

quello che era l'elemento caratterizzante la previgente normativa sul punto (l'art. 520 c.p. era da considerarsi reato proprio) la chiave di volta interpretativa della nuova fattispecie. Insomma, l'art. 609-bis parla genericamente di "autorità", senza altre specificazioni. Il che sembrerebbe aprire la possibilità di estendere l'ambito di applicazione della nuova norma anche ai titolari di poteri autoritativi di matrice privatistica. Inoltre è stato sottolineato come l'interpretazione estensiva del concetto di autorità meglio risponderebbe alla stessa *ratio* sottesa alla normativa vigente.

Ora, prendere posizione in un senso o nell'altro comporta una consistente variazione dei comportamenti penalmente rilevanti e, invero, non spetterebbe all'ordine giudiziario (e tantomeno alla dottrina) in sede di interpretazione ed applicazione della norma operare tali importanti scelte di politica criminale.

Sta di fatto che tale orientamento, pur predominante in dottrina, si pone tuttavia in contrasto con la giurisprudenza di legittimità formatasi negli anni in tema di abuso di autorità, avendo la Corte di Cassazione costantemente affermato come tale requisito ricorra solo nel caso in cui il soggetto attivo del reato ricopra una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico, ossia di poteri autoritativi "tipicamente rispondenti a manifestazioni di imperio"¹⁴².

¹⁴² Così BALBI, *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur.*, VII, 1999, p. 11, il quale, richiamando autorevole dottrina (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 1997, p. 173), considera poteri autoritativi i "poteri di coazione (arresto, perquisizione, ecc.), di contestazione di violazioni di legge (accertamento di contravvenzioni, ecc.) e di supremazia

“L’abuso di autorità *ex* articolo 609-bis 1° comma c.p. (...) presuppone nell’agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico sostanzialmente coincidente con l’abuso della qualità di pubblico ufficiale di cui all’abrogato articolo 520 c.p.”¹⁴³. Ancora, va “rifiutata l’idea che un intervento sanzionatorio possa legittimarsi attraverso un’interpretazione espansiva del concetto di abuso di autorità richiamato dall’articolo 609-bis comma 1° c.p., che appare indissolubilmente legato a posizioni autoritative di tipo formale e pubblicistico”¹⁴⁴.

Vediamo adesso un po’ di giurisprudenza (mi soffermerò in particolare su alcuni casi che potremmo definire “limite”).

I giudici di legittimità hanno ritenuto sussistente un’autorità idonea ad integrare il requisito di cui all’articolo 609-bis 1° comma in capo ad un ufficiale dell’esercito, comandante di un battaglione, il quale aveva costretto alcuni militari di leva appartenenti al suo reparto a compiere atti di autoerotismo. Secondo le parole della Suprema Corte, tale potere autoritativo andrebbe rinvenuto nella posizione di preminenza ricoperta dall’imputato nei

gerarchica all’interno dei pubblici uffici” e sottolinea che una interpretazione restrittiva della locuzione “abuso d’autorità” sia l’unica conforme al principio di tassatività.

¹⁴³ Cass., sez. III, 19 giugno 2002, n° 32513, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 3844.

¹⁴⁴ Cass., sez. III, 07 marzo 2006, n° 14789.

confronti delle vittime entro la gerarchia militare, posizione questa avente carattere formale e pubblicistico¹⁴⁵.

Ancora, la Cassazione in una pronuncia del 2007 ha sottolineato come i giudici di merito, nel caso di specie, avessero correttamente rinvenuto una posizione autoritativa in capo ad un sanitario ufficialmente incaricato dall'INPS di eseguire una visita di controllo su una donna che si era assentata dal lavoro per malattia, dovendosi in questi casi, secondo la Corte, rinvenire nell'operato del medico una funzione avente carattere pubblicistico¹⁴⁶.

Ristretto dunque l'ambito di applicabilità della nozione di autorità ai soli casi di sussistenza in capo all'agente di un potere di natura formale e pubblicistica, occorre ora chiarire in cosa consista l'abuso di tale autorità, richiesto come ulteriore elemento costitutivo della sottofattispecie *de qua*.

Essendo l'abuso di autorità previsto dall'articolo 609-bis 1° comma quale modalità di condotta alternativa alla violenza e alla minaccia, l'utilizzo illecito da parte del soggetto attivo della propria situazione di preminenza dovrà consistere in condotte non riconducibili ad uno dei predetti requisiti. Si è peraltro sottolineato come tale previsione non sia di semplice attuabilità, essendo difficile delineare anche solo in via ipotetica casi in cui la volontà della vittima possa essere coartata in virtù della posizione autoritativa ricoperta dal

¹⁴⁵ Cass., sez. III, 15 dicembre 1999, n°860, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 1224.

¹⁴⁶ Cass., sez. III, 11 gennaio 2007, n° 8047.

soggetto agente, senza che questi sia ricorso alla prospettazione di un danno ingiusto.

La dottrina ha elaborato una casistica teorica sull'argomento, prevedendo quali possibili condotte suscumbibili alla sottofattispecie *de qua*, ad esempio, la prospettazione da parte del pubblico ufficiale del conseguimento di un risultato positivo altrimenti non ottenibile; oppure il caso in cui, pur in mancanza di una minaccia esplicita, il soggetto passivo ragionevolmente tema che l'agente possa cagionargli un danno qualora si rifiuti di adempiere ad una richiesta a sfondo sessuale, determinandosi dunque nella vittima un vero e proprio *metus publicae potestatis*¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Cfr. sul punto CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 510.

6. LA VIOLENZA SESSUALE PER INDUZIONE

Il secondo comma dell'art. 609-bis c.p. disciplina le ipotesi di violenza sessuale per induzione: “Alla stessa pena (prevista dal comma 1, da 5 a 10 anni) soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:

1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;

2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona”.

La fondamentale differenza intercorrente tra le due ipotesi di violenza sessuale per induzione e quelle (esaminate sopra) caratterizzate dalla costrizione risiede nella cooperazione della parte offesa, la quale acconsente alla interrelazione sessuale, ancorché invalidamente. In altri termini, l'induzione richiede la presenza di un consenso, anche se invalido (perché carpito con l'inganno o approfittando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa). Presupposto della costrizione è invece, come visto, il dissenso. In ogni caso siamo in presenza di una persona che non esprime liberamente la propria volontà in materia sessuale.

Esaminiamo ora nello specifico le due forme di induzione tipizzate dal legislatore del 1996.

6.1 L'INDUZIONE MEDIANTE ABUSO DELLE CONDIZIONI DI INFERIORITÀ FISICA O PSICHICA

Apparentemente la nuova fattispecie non differisce in maniera sensibile rispetto al precedente dato normativo (artt. 519, 2 co., n. 3 e 521).

Come è stato acutamente osservato in dottrina, il legislatore del 1996 ha invece realizzato sul tema una vera e propria “rivoluzione copernicana”¹⁴⁸.

Prima della riforma si consideravano i “malati di mente” come esseri asessuati e si negava loro ogni tipo di esperienza sessuale in ragione di una irreale protezione dei loro interessi: il semplice fatto della congiunzione carnale con persona affetta da patologia mentale costituiva reato, a prescindere non solo dall'utilizzo di qualsivoglia mezzo di coercizione, ma anche dall'eventuale consenso prestato dal soggetto passivo.

Si parlava di “violenza presunta”: si presumeva *iuris et de iure* in capo alla categoria dei malati mentali un'assoluta incapacità di autodeterminarsi e di esprimere un valido consenso in ambito sessuale.

¹⁴⁸ CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 107 ha posto in evidenza la nuova dimensione di tutela realizzata con il delitto in esame, che “dall'intangibilità sessuale di certi soggetti – reale ratio della violenza presunta de qua nell'assetto del codice del '30 – si sposta decisamente verso la libertà sessuale, non perdendo di vista la dimensione del rapporto interpersonale (qui certamente peculiare) tra i due soggetti che interagiscono nella realizzazione del fatto”.

La nuova disciplina consente invece a tutti coloro che sono in condizioni di inferiorità fisica e/o psichica di avere una vita sessuale, tutelandone realmente la libertà sessuale e “liberandoli dall’aura di intangibilità che imprigionava la loro sessualità”. Merito della riforma è quello di essere riuscita a “contemperare due opposte esigenze: quella di permettere a soggetti psichicamente e/o fisicamente non dotati come gli altri di avere una loro vita sessuale; e quella opposta di evitare che di tali soggetti deboli possano approfittare terzi pronti a far uso di tali persone trasformandoli subdolamente da soggetti a meri oggetti di piacere”¹⁴⁹.

La *ratio* della vigente disciplina, come sottolineato anche da una fondamentale sentenza della Suprema Corte di poco successiva alla riforma del 1996 e diventata un vero e proprio “*leading case*” in materia (si tratta della sentenza n. 4114 del 3 dicembre 1996, imputato Pennese), risiede pertanto nella volontà di “assicurare a persone in condizione di inferiorità (...) una sfera di estrinsecazione della loro individualità, purché manifestata in un clima di assoluta libertà, nel quale il rapporto interpersonale di carattere sessuale deve essersi interamente svolto”¹⁵⁰.

Già il dato letterale risulta migliorato dalla riforma: è finalmente scomparsa la locuzione “malati di mente” riproponendosi unicamente la nozione di

¹⁴⁹ CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 103.

¹⁵⁰ Cass., sez. III, 03 dicembre 1996, n. 4414.

“condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto”; concetto questo nel quale, peraltro, può ben essere ricondotta ogni forma di infermità mentale.

Soggetti passivi dell'ipotesi criminosa in esame sono dunque tutti coloro i quali, al momento del compimento dell'atto sessuale, non sono in condizioni di determinarsi consapevolmente perché versano in condizioni di inferiorità fisica o psichica. Trattasi, quindi, di una incapacità specifica, che va a viziare il consenso del soggetto passivo in quanto espresso da una persona che non è in grado di comprendere il significato delle proprie azioni e quindi di determinarsi autonomamente nella sfera sessuale.

Per i giudici di legittimità la “condizione di inferiorità psichica” è da intendersi come “uno stato, che si ricollega ad una situazione di menomazione, dovuta a fenomeni patologici, permanenti o momentanei, di carattere organico o funzionale ovvero a traumi o a fattori ambientali di tale consistenza, da incidere in modo negativo sulla formazione della personalità dell'individuo, che mostra capacità di resistenza agli stimoli esterni assente o diminuita rispetto al comportamento della persona media”¹⁵¹.

Appare evidente come l'attuale nozione di inferiorità, secondo questa fondamentale pronuncia della Suprema Corte, debba dunque essere interpretata in chiave oggettiva. Il termine di riferimento per valutare la

¹⁵¹ *Ibidem*.

sussistenza di tale condizione non va più ricercato, come prevedeva la giurisprudenza anteriore alla riforma, nel soggetto attivo del reato, bensì nel comportamento medio dei soggetti c.d. “normali”.

La condizione di inferiorità deve ovviamente preesistere alla interrelazione sessuale; è, in altri termini, un presupposto della condotta di abuso e non una conseguenza di essa.

Nessun dubbio pare sussistere circa la riconducibilità entro la nozione *de qua* di ogni patologia psichica *strictu sensu*, ovvero di tutte quelle infermità che, vigente l’abrogato articolo 519 c.p., venivano fatte rientrare nella categoria delle malattie mentali; a condizione, beninteso, che l’infermità sia riconoscibile da parte del soggetto agente, necessitandosi la piena consapevolezza di questi della peculiare situazione in cui versi la controparte al momento del fatto¹⁵².

Se pochi dubbi interpretativi si presentano circa la sussistenza di un oggettivo stato di inferiorità psichica in capo a coloro che risultino affetti da malattie psichiatriche o neurologiche conclamate e scientificamente accertate, maggiori problemi si pongono in relazione alle ipotesi in cui la condizione di fragilità mentale del soggetto passivo al momento del fatto non sia di

¹⁵² La responsabilità penale per il delitto di violenza sessuale nella forma di cui all'art. 609-bis, comma 2, n. 1, c.p. può essere accertata soltanto a seguito di una attenta analisi della consapevolezza, in capo all'imputato, sia delle minorate condizioni della persona offesa che di approfittarne a fini sessuali, non essendo sufficiente verificare la mera presenza di rapporti sessuali e l'insufficienza mentale in cui versa la prima. Cfr. sul punto Cass., sez. III, 28 maggio 2014, n° 21752

derivazione morbosa o patologica, bensì sia conseguenza di una particolare e transitoria situazione personale o ambientale in grado di incidere negativamente sulla psiche e sulla capacità di libera autodeterminazione dell'individuo. Si pensi ad esempio ad una persona ubriaca, o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, o ancora inserita in un contesto ambientale o situazionale tale da influire sulla sua possibilità di intendere e volere liberamente l'atto sessuale. Appare evidente come in questi casi la valutazione dell'eventuale condizione di inferiorità in cui versi il soggetto passivo, non potendo risultare da accertamenti scientifici e peritali, sia interamente devoluta alla discrezionalità del giudice e all'apprezzamento specifico delle circostanze esistenti al momento della consumazione del rapporto¹⁵³.

Come già sottolineato in precedenza, a seguito della riforma del 1996 ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'articolo 609-bis, secondo comma, non è più sufficiente che il soggetto attivo abbia avuto rapporti sessuali con una persona psichicamente o fisicamente inferiore nella consapevolezza del

¹⁵³ Per un approfondimento sulle condizioni di inferiorità psichica derivanti dall'assunzione di una dose elevata di alcoolici vedi Cass., sez. III, 16 dicembre 2003, n° 2646. Per quanto riguarda l'ipotesi in cui il soggetto passivo sia un consumatore di stupefacenti o sostanze psicotrope vedi Cass., sez. IV, 02 dicembre 1998, n° 6173, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 1644. Di particolare rilievo in tema di condizioni di inferiorità psichica della parte offesa sono due sentenze della Cassazione, risalenti rispettivamente al 2005 e al 2007, e riguardanti episodi di violenza sessuale commessi a danno di proprie clienti da individui che asserivano di praticare magie e riti esoterici: Cass., sez. III, 02 dicembre 2005, n°2215, CED 233269 e Cass., sez. III, 03 settembre 2007, n. 33761.

suo stato, ma è necessario altresì che l'agente abbia indotto la vittima all'atto sessuale, abusando della sua condizione di inferiorità.

In altri termini, il fulcro della incriminazione è oggi da individuarsi nella condotta (abusiva) del soggetto attivo del reato, a differenza della previgente normativa tutta incentrata sulla condizione di inferiorità della vittima.

È quindi ora opportuno soffermarsi sugli elementi di fattispecie che si riferiscono alla condotta dell'agente. Iniziamo con l'enucleare e il definire le nozioni di abuso e induzione.

Sia per la dottrina¹⁵⁴ che per la giurisprudenza, l'abuso “si verifica quando le condizioni di menomazione siano strumentalizzate per accedere alla sfera intima della persona che, versando in condizioni di inferiorità, viene ad essere ridotta al rango di un mezzo per il soddisfacimento della sessualità altrui” (così, su tutte, la sentenza Pennese¹⁵⁵). Si può pertanto ritenere che sussista un abuso qualora dalle circostanze dei fatti risulti in modo inequivocabile che l'agente si sia concretamente approfittato, allo scopo di ottenere la soddisfazione dei propri istinti sessuali, della situazione di inferiorità in cui versa il soggetto passivo, il quale accetta di compiere l'atto sessuale non per sua libera scelta, ma perché condizionato dal suo stato mentale.

¹⁵⁴ Su tutti CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 104.

¹⁵⁵ Cass., sez. III, 03 dicembre 1996, n. 4414.

L'induzione si realizza invece “quando, con un'opera di persuasione spesso sottile o subdola, l'agente spinge o convince il partner a sottostare ad atti che diversamente non avrebbero compiuto” (sempre sentenza Pennese¹⁵⁶).

Nella nozione di induzione può pertanto ricomprendersi qualsiasi attività, non solamente verbale, diretta a persuadere, a convincere taluno, senza il ricorso a mezzi coercitivi, ad un *facere* o ad un *pati* che, altrimenti, non sarebbe stato accettato. È necessario dunque che l'induzione sia tale da incidere sul processo formativo del volere del soggetto passivo, in modo tale da influenzarlo, da piegarlo al desiderio dell'agente, spingendolo ad esiti ai quali non sarebbe autonomamente pervenuto.

Le definizioni sopra riportate dei concetti di “induzione” e “abuso” hanno costituito il fondamento di tutta la giurisprudenza formatasi successivamente in tema di reati sessuali a danno di soggetti in condizione di inferiorità; sono infatti numerose le pronunce della Cassazione che richiamano esplicitamente l'orientamento interpretativo delineato dalla sentenza n° 4114 del 1996.

Come è stato giustamente sottolineato da più parti, l'accertamento del magistrato circa la sussistenza di tali e tanti elementi del reato, sicuramente sfuggenti, è un compito di non poco conto. Il legislatore ha in un certo senso delegato alla magistratura la “gestione penale del disagio in ambito

¹⁵⁶ *Ibidem*.

sessuale”¹⁵⁷; ma probabilmente tale delega è da ritenersi quasi obbligata, non potendosi fissare per legge le infinite complicazioni di rapporti interpersonali così peculiari.

“Normare il corpo e la sessualità tramite legge è operazione assai complessa e delicata. Normare comporta spesso assolutizzazioni che mal si attagliano a una materia tanto delicata quanto quella della soggettività e della comunicazione fra i sessi”¹⁵⁸.

Come forse troppo spesso accade nel nostro Paese, i giudici sono chiamati a compiere vere e proprie “operazioni di chirurgia ermeneutica (...); ma con quale legittimazione, sul piano del rispetto del principio di legalità?”¹⁵⁹

Nel caso di specie trattasi invero di interrelazioni sessuali “a rischio”, suscettibili di entrare nella sfera del penalmente rilevante a seconda del magistrato inquirente più o meno “zelante” o di contesti ambientali più o meno evoluti. Il tutto a discapito della certezza del diritto e degli insegnamenti del Beccaria.

¹⁵⁷ CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 107.

¹⁵⁸ VIRGILIO, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale?!*, in *Democrazia e diritto*, 1996, p. 162.

¹⁵⁹ Così conclude CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 107.

6.2 L'INDUZIONE MEDIANTE SOSTITUZIONE INGANNEVOLE DI PERSONA

L'articolo 609-bis comma secondo numero 2 (che riprende, quasi alla lettera, il disposto dell'abrogato art. 519, 2 co., n. 4) così delinea il fatto tipico: "Chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali [...] traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona".

A ben vedere, l'ipotesi criminosa in esame rappresenta l'unica fattispecie di violenza sessuale compiuta mediante inganno e conferma "la tendenza del legislatore ad intervenire in maniera puntiforme in presenza di attività connotate dalla frode"¹⁶⁰.

In particolare, qui si punisce esclusivamente quella specifica forma di inganno che si realizza attraverso la sostituzione di persona¹⁶¹. Il reato non è di facile realizzazione: la sostituzione deve determinare un errore della vittima circa l'identità fisica del soggetto attivo; il consenso del soggetto passivo al rapporto sessuale è viziato in quanto inficiato dall'errore indotto dall'altrui comportamento ingannevole.

Nonostante la scarsa applicazione nelle aule dei tribunali della norma in esame, non sono mancati in dottrina vivaci dibattiti sul tema. In particolare, i

¹⁶⁰ PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, in *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., p. 89.

¹⁶¹ In tal senso la dottrina dominante: cfr., su tutti, CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 109.

maggiori problemi interpretativi ruotano attorno al concetto di “sostituzione ad altra persona”. Si è discusso se, ai fini del reato in questione, possa rilevare esclusivamente la sostituzione fisica della persona propria dell’agente a quella altrui (l’esempio classico riportato dalla manualistica in questo senso è quello di chi, introdottosi nottetempo nella stanza di una donna, si faccia credere il marito e ne ottenga i favori), o se possa rientrare nella fattispecie *de quo* anche la condotta di chi si attribuisca unicamente un falso nome, un falso stato (ad esempio, dichiararsi celibe anziché coniugato) o false qualità (ad esempio, fingersi medico al fine di “visitare” accuratamente le ignare pazienti), così come previsto dalla disciplina dettata dall’articolo 494 c.p. in merito al reato di sostituzione di persona.

Ora, la dottrina assolutamente maggioritaria¹⁶² è orientata per riconoscere l’esclusiva rilevanza dei casi di sostituzione fisica *strictu sensu*, dovendosi pertanto negare l’applicabilità della disposizione di cui all’articolo 494 c.p.

La giurisprudenza di legittimità è tuttavia pervenuta a conclusioni diametralmente opposte. In una sentenza del 1958¹⁶³ (vigente la normativa pre-riforma) la Cassazione ha confermato la condanna per violenza sessuale *ex* articolo 519 comma secondo n° 4 comminata in sede di merito ad un uomo, il quale, attribuitosi falsamente la qualità di esercente la professione sanitaria,

¹⁶²Cfr, su tutti, CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 110.

¹⁶³ Cass., 16 giugno 1958, in *Giust. Pen.*, 1959, II, 1138.

aveva posto in essere degli atti di libidine nei confronti di una donna, con il pretesto di dover effettuare una visita medica necessaria ai fini di un'assunzione lavorativa. “Il concetto di sostituzione di persona deve essere assunto nello stesso senso che risulta dalla nozione delineata dall'articolo 494 c.p., in guisa da comprendervi anche tutti i casi in cui il soggetto attivo attribuisca a se stesso un falso nome, un falso stato od una falsa qualità”¹⁶⁴. Ha sollevato notevoli perplessità anche una decisione più recente della Suprema Corte, questa volta successiva alla promulgazione della legge di riforma del 1996¹⁶⁵. La vicenda aveva visto coinvolto un fotografo, il quale, millantando conoscenze altolocate nel mondo dello spettacolo, aveva indotto le proprie vittime (giovani ragazze che ambivano a intraprendere una carriera di *soubrette*) a subire ripetuti atti sessuali, promettendo loro in cambio un'opportunità lavorativa nel settore televisivo. La fattispecie di cui all'articolo 609-bis, comma secondo, n° 2 “non richiede una sostituzione di persona in senso fisico (sostituzione di persona effettivamente esistente e nota alla vittima, così come sostiene la difesa), ma solo una delle azioni previste come reato dall'articolo 494 c.p., non essendovi nella norma alcuna forma riduttiva”¹⁶⁶. Pertanto, secondo gli ermellini, “la sostituzione di persona che invalida il consenso comprende e riflette una vasta gamma di rapporti vari, che non

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Cass., sez. III, 21 novembre 2000, n° 250.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

sempre hanno una forma giuridica e che differiscono anche nettamente tra loro con la comune caratteristica di trarre in inganno la vittima viziandone il consenso”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ *Ibidem.*

7. LA CIRCOSTANZA ATTENUANTE DELLA MINOR GRAVITÀ

L'ultimo comma dell'art. 609-bis c.p. prevede una circostanza attenuante “nei casi di minor gravità”. Trattasi, evidentemente, di circostanza speciale ad effetto speciale, in considerazione della riduzione della pena “in misura non eccedente i due terzi”¹⁶⁸. L'attenuante in questione è inoltre definibile “obbligatoria”, dal momento che, qualora sussistano i presupposti per la sua concessione, il giudice dovrà necessariamente operare una diminuzione della pena-base, conservando un'ampia discrezionalità soltanto in ordine al *quantum* della decurtazione¹⁶⁹.

Ora, l'introduzione della presente diminuzione ad effetto speciale si è resa necessaria durante i lavori parlamentari a seguito della scelta del legislatore del '96 di operare l'unificazione delle fattispecie di violenza carnale e di atti di libidine in un'unica ipotesi criminosa (caratterizzata peraltro da pene minime molto elevate) e dell'abbandono dell'idea di inserire nell'impianto codicistico una fattispecie di reato sussidiaria volta a punire episodi meno gravi di molestie sessuali. Insomma, per ragioni sia simboliche che general-preventive si è preferito mantenere un minimo edittale elevato (cinque anni) e consentire

¹⁶⁸ Ai sensi dell'art. 63, 3 co., c.p. “Sono circostanze ad effetto speciale quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo”.

¹⁶⁹ Cfr. in dottrina FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2008, p. 692.

al giudice di ridurre la pena fino ad un anno e otto mesi in tutti quegli episodi di aggressione sessuale “bagatellari” che non meriterebbero una condanna oltre la soglia della sospensione condizionale. D'altronde la parificazione sanzionatoria tra condotte provviste innegabilmente di un differente grado di lesività rispetto al bene giuridico tutelato avrebbe potuto comportare problemi di legittimità costituzionale dell'articolo 609-bis: da qui l'inserimento di una circostanza attenuante speciale atta a limitare, appunto, la risposta sanzionatoria nei confronti di illeciti ritenuti di più lieve entità.

A ben vedere, quindi, il tanto sbandierato rigore sanzionatorio si rivela più apparente che reale, dato che i vecchi atti di libidine violenti avevano un minimo edittale di due anni di reclusione.

Vi è pure chi ha sostenuto¹⁷⁰ che l'attenuante in esame “potendo attenuare in misura non eccedente i due terzi la sanzione, finisce per stravolgere sul piano generalpreventivo lo stesso messaggio culturale della norma”.

Ma al di là di questo, le maggiori problematiche interpretative concernono i parametri in base ai quali poter classificare come “di minore gravità” un

¹⁷⁰ MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale: un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1997, p. 402. Sull'opportunità politico-criminale dell'attenuante ex ultimo comma art. 609-bis c.p. v. FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 1160, il quale ne segnala la capacità di “sdrammatizzare il possibile conflitto tra la scelta legislativa unificatrice e i principi di offensività e colpevolezza: ma nello stesso tempo essa è sintomatica di una certa cattiva coscienza del legislatore e del persistere di una discutibile tendenza a delegare al giudice, in termini di ampia discrezionalità applicativa, il compito di mitigare e rendere più eque, in rapporto ai casi concreti, sanzioni concepite come assai rigorose in una dimensione ideologica e simbolica astratta”.

episodio di violenza sessuale, con la conseguenza di poter concedere l'attenuante e applicare lo sconto di pena; insomma, la difficoltà sta nell'individuare dei parametri oggettivi, dei criteri univoci in base ai quali distinguere i casi di minor gravità rispetto a quelli da ritenersi più gravi, e come tali non riconducibili all'attenuante in esame.

Problematiche interpretative che derivano dalla assoluta indeterminatezza contenutistica della diminuyente: siamo di fatto in presenza di una “circostanza indefinita o discrezionale, poiché la legge non tipizza le modalità del fatto da cui dipende l'applicazione di essa”¹⁷¹.

Unico punto fermo, acutamente rilevato in dottrina consiste in ciò, che “dovendosi trattare di casi di minore gravità, è necessario che il fatto raggiunga una soglia di disvalore tale da poter essere definito comunque grave”¹⁷².

Una corrente dottrinale, formatasi nell'immediatezza della promulgazione della legge di riforma, aveva sostenuto la sostanziale identità tra i casi di minor

¹⁷¹ CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 114. Sebbene disposizioni consimili conferiscano indubbiamente un ampio potere discrezionale all'organo giudicante, è da escludersi che le circostanze attenuanti indefinite, tra cui si annovera anche quella prevista dall'articolo 609-bis ultimo comma, siano tacciabili di illegittimità costituzionale per violazione dell'articolo 25 comma 2°; secondo un consolidato orientamento interpretativo (cfr. sull'argomento FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2008, p. 415), infatti, il principio di tassatività, in conformità alla sua *ratio* di garanzia, viene in questione solo in riferimento alle disposizioni *contra reo*, non potendo rilevare invece qualora la norma preveda dei benefici a suo favore.

¹⁷² Così FIANDACA, Giovanni, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1159.

gravità di cui all'ultimo comma dell'articolo 609-bis e gli atti di libidine violenti, previsti entro l'articolo 521 c.p. nella formulazione originaria del Codice Rocco¹⁷³.

In realtà, uno dei punti centrali della riforma del 1996 è costituito (come abbiamo più volte potuto notare) proprio dall'unificazione delle fattispecie della congiunzione carnale e degli atti di libidine violenti in un'unica ipotesi delittuosa. Aderire al filone interpretativo appena richiamato significherebbe dunque cancellare in un sol colpo uno degli obiettivi principali che il legislatore ha voluto perseguire con la riforma degli anni '90¹⁷⁴.

Tali considerazioni sono state fatte proprie dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha precisato che “la legge non fa dipendere la connotazione della minore gravità dalla congiunzione carnale o meno, in quanto anche atti sessuali diversi dalla congiunzione carnale possono avere connotazioni di gravità maggiore della congiunzione stessa”¹⁷⁵. Anzi, all'opposto, vi sono stati casi in cui è stata concessa l'attenuante in esame anche in presenza di congiunzione carnale. Fra questi vi è una recentissima sentenza, che ha suscitato un certo clamore¹⁷⁶.

¹⁷³ Propendeva per questa interpretazione ad esempio DEL CORSO, *Commento all'articolo 3 l. 15/02/1996 n° 66*, in *Leg. Pen.*, 1996, p. 431.

¹⁷⁴ cfr. sul punto CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 115 e FIANDACA, Giovanni, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 1161.

¹⁷⁵ Così Cass., 25.02.2000, sentenza Mariani.

¹⁷⁶ Cass., sez. III, 25 settembre 2014, n. 39445.

Con sentenza del 07-10-2013 la Corte d'Appello di Venezia aveva confermato la sentenza di condanna del G.i.p. presso il Tribunale di Vicenza per i reati di cui agli artt. 572 e 609 bis c.p. nei confronti di un uomo che aveva imposto con violenza più rapporti sessuali completi alla sua compagna.

L'imputato ha presentato ricorso in Cassazione lamentando, con un unico motivo, la violazione di legge in cui è incorsa la sentenza escludendo l'ipotesi attenuata di cui all'art. 609 bis u. co. c.p. sulla base della mera considerazione che un rapporto sessuale completo non consentirebbe di configurare l'attenuante in oggetto.

La Corte ha accolto il ricorso puntualizzando che "ai fini della concedibilità dell'attenuante di minore gravità, assumono rilievo una serie di indici, segnatamente riconducibili, attesa la ratio della previsione normativa, al grado di coartazione esercitato sulla vittima, alle condizioni, fisiche e mentali, di quest'ultima, alle caratteristiche psicologiche, valutate in relazione all'età, all'entità della compressione della libertà sessuale ed al danno arrecato alla vittima anche in termini psichici. Ne consegue che la "tipologia" dell'atto posto in essere, lungi dall'essere di per sé elemento dirimente ai fini della scelta in un senso o nell'altro, va valutata come uno solo degli elementi indicativi dei parametri sopra elencati. In altri termini, dunque, così come l'assenza un rapporto sessuale "completo" non può, per ciò solo, consentire di ritenere sussistente l'attenuante, simmetricamente la presenza dello stesso

rapporto completo non può, per ciò solo, escludere che l'attenuante sia concedibile, dovendo effettuarsi una valutazione del fatto nella sua complessità"¹⁷⁷.

“La circostanza attenuante, prevista dal terzo comma dell'art. 609 bis cod. pen. nei casi di minore gravità, deve considerarsi applicabile in tutte quelle fattispecie in cui - avuto riguardo ai mezzi, alle modalità esecutive ed alle circostanze dell'azione - sia possibile ritenere che la libertà sessuale personale della vittima (bene-interesse tutelato dalla norma incriminatrice) sia stata compressa in maniera non grave"¹⁷⁸. Si impone dunque “una valutazione globale del fatto, non limitata alle sole componenti oggettive del reato, bensì estesa a quelle soggettive (considerazione della personalità dell'autore) ed a tutti gli elementi menzionati nell'articolo 133 c.p.”¹⁷⁹ con una particolare attenzione alla “condotta antecedente, contemporanea o susseguente al reato”¹⁸⁰.

Ed è proprio il parallelo con l'art. 133 c.p. a fare un po' di chiarezza: la valutazione circa la sussistenza o meno della presente circostanza dovrà essere effettuata dal giudice alla stregua dei criteri ivi previsti.

¹⁷⁷ *Ibidem*. Ma vedi anche ma vedi anche Cass., sez. III, 24 febbraio 1999, n° 4490.

¹⁷⁸ Cass., sez. III, 01 luglio 1999, n° 11558.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ MANTOVANI, *Diritto penale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, CEDAM, Padova, 1998, p. 43.

Il punto controverso è se nella valutazione debbano comprendersi anche i criteri elencati nel secondo comma dell'art. 133 c.p., quelli cioè relativi alla capacità a delinquere del reo. Il tema è stato ed è tutt'ora largamente dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza, e sembrerebbe maggiormente condivisa (anche se per la verità si registrano posizioni diametralmente opposte anche in sede di legittimità) la tesi secondo cui oggetto di valutazione debbano essere anche i criteri menzionati dal comma secondo dell'art. 133 c.p.¹⁸¹. Insomma, quasi fosse “una sorta di super-attenuante generica”¹⁸².

In realtà, come anticipato, altri filoni giurisprudenziali si dissociano sul punto: “ai fini di valutare la ricorrenza o meno dell'attenuante speciale dei casi di minore gravità, di cui all'ultimo comma dell'art. 609 bis c.p., il giudice ha l'obbligo di valutare gli elementi di cui al primo comma dell'art. 133 c.p., ma non quelli di cui al secondo comma dello stesso articolo, che deve invece valutare solo per la commisurazione complessiva della pena”¹⁸³.

Per quanto la minore età della vittima sia indubbiamente un indice di particolare rilievo nella valutazione della gravità del caso, non è tuttavia corretto affermare aprioristicamente l'esistenza di un'incompatibilità tra

¹⁸¹ Cfr. sul punto ex multis Cass., 25.09.2000, n. 11278.

¹⁸² Utilizza tale espressione CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 122 a commento della prassi giurisprudenziale emersa sulla diminuzione in esame.

¹⁸³ Cass., sez. III, 25 novembre 2003; questa affermazione è richiamata letteralmente in una successiva sentenza della Suprema Corte: cfr. Cass., sez. III, 04 maggio 2007, n° 22520.

l'attenuante di cui all'articolo 609-bis ultimo comma e le aggravanti previste dall'articolo 609-ter n° 1 (parte offesa infraquattordicenne) e 609-ter ultimo comma (vittima di età inferiore ai dieci anni).

Così, ad esempio, nel 2000 la Suprema Corte ha respinto un ricorso presentato avverso una sentenza della Corte d'Appello di Milano che aveva concesso l'attenuante del caso di minor gravità nonostante la vittima, figlia della convivente dell'imputato, all'epoca dei fatti avesse meno di dieci anni; l'uomo aveva ammesso di aver in più occasioni costretto la bambina a subire toccamenti e carezze sull'organo genitale¹⁸⁴.

Un altro parametro di particolare rilievo nella valutazione della gravità concreta del caso concerne l'eventuale protrazione nel tempo della condotta criminosa; la reiterazione delle violenze, nella prassi applicativa, assurge spesso a criterio fondamentale per motivare il diniego dell'attenuante *de qua*¹⁸⁵.

La circostanza in esame può concorrere con le aggravanti previste dall'art. 609-ter e con le attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis; è inoltre compatibile con l'ipotesi di tentata violenza sessuale¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Cass., sez. III, 30 marzo 2000, n° 6088.

¹⁸⁵ Cfr. sul punto ex multis Cass., sez. III, 15 gennaio 2008, n° 2001.

¹⁸⁶ In questo caso la valutazione della gravità del caso dovrà essere compiuta con riferimento alla condotta che l'agente intendeva realizzare, e dunque alle caratteristiche che avrebbe avuto il reato qualora fosse giunto a consumazione, a prescindere dall'entità lesiva in sé degli atti effettivamente compiuti; cfr. sul punto Cass., sez. III, 23 maggio 2006, n° 34128.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSINI, Giangiulio, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, UTET giuridica, 1997.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2007.

BALBI, G., *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur.*, VII, 1999.

BELTRANI, Sergio - MARINO, Raffaele, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 1996.

CADOPPI, Alberto (a cura di), *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, Torino, UTET giuridica, 2006.

----- (coordinato da), *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/1996: profili giuridici e criminologici*, Cedam, Padova, 2001

-----, *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Critica del Dir.*, 1996.

-----, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, CEDAM, Padova, 2006.

CAMPISI, Giuseppe, *Note sulle modifiche in tema di violenza sessuale*, in *Riv. Pen.*, 1996.

COSTANZO, Angelo, *I reati contro la libertà sessuale*, Torino, UTET giuridica, 2008.

DEL CORSO, *Commento all'articolo 3 l. 15/02/1996 n° 66*, in *Leg. Pen.*, 1996.

DI MARTINO, Alberto, *Sul bacio involato a 'lei' che dissente: postilla in margine a G.U.P. Trib. Piacenza, 4 giugno 1998*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1999.

FIANDACA Giovanni – MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2008.

-----, *Diritto penale. Parte speciale, Volume II, Tomo I*, Bologna, Zanichelli, 2008.

FIANDACA, Giovanni, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 2000.

-----, *Violenza su donna "in jeans" e pregiudizi nell'accertamento giudiziario*, in *Foro It.*, 1999.

GOISIS, Luciana, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012.

LEO, G., *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della banca dati nazionale del DNA*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011.

MACRÌ, Francesco, *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva e analogia in malam partem*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, CEDAM, 1998.

MARINI, G., *Delitti contro la persona*, Torino, Giappichelli, 1996.

MARINO, Raffaele, *Violenza sessuale, pedofilia e stalking*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2009.

MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale: un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1997.

MUSACCHIO, V., *La nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Riv. Pen.*, 1997.

PADOVANI, Tullio, in CADOPPI, Alberto (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Padova, CEDAM, 2006.

PALUMBIERI, S. R., *I reati contro la libertà sessuale*, in *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di Alberto Cadoppi, Torino, UTET giuridica, 2006, p. 39.

PECORARO-ALBANI, A., *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, Jovene, 1997.

PIETRALUNGA, S., *Profili costituzionali delle nuove norme a tutela della libertà sessuale e problematiche criminologiche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, IV, 1988

Processo per stupro, Videocassetta VHS, s.l., s.n., 1979, IT\ICCU\LO1\0822812.

Relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco al nuovo Codice Penale.

- RICCI-VENDITTO-BASSI, *Violenza sessuale e risposta istituzionale. Considerazioni critiche sulla nuova normativa penale in materia*, in *Giust. Pen.*, 1996.
- ROMANO, Bartolomeo, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, CEDAM, 2009.
- ROMANO, Mario - GRASSO, Giovanni - PADOVANI, Tullio, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 2010.
- TABARELLI DE FATIS, S., *Sulla rilevanza penale del bacio come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1997.
- TOVANI, S. - TRINCI, A. (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale*, Torino, Giappichelli, 2014.
- VALCARENGHI, Marina, *“Ho paura di me”. Il comportamento sessuale violento*, Milano, Bruno Mondadori, 2007.
- VESSICHELLI, M., *Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del patteggiamento*, in *Guida al Diritto*, 1996.
- VIGARELLO, Georges, *Storia della violenza sessuale*, Venezia, 2001.
- VIRGILIO, Maria, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale?!*, in *Democrazia e diritto*, 1996.

SITOGRAFIA UTILIZZATA

www.istat.it

www.parlamento.it

www.alphaice.com

www.altalex.com

www.cassazione.net

www.cortedicassazione.it

www.infoleges.it

www.penale.it